



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Schwangerschaftsabbruch in der Spätphase - Kriminologische und rechtsdogmatische Perspektiven

Schwarzenegger, Christian

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-49959>
Book Section

Originally published at:

Schwarzenegger, Christian (2011). Schwangerschaftsabbruch in der Spätphase - Kriminologische und rechtsdogmatische Perspektiven. In: Tag, Brigitte. Lebensbeginn im Spiegel des Medizinrechts. Baden-Baden: Nomos, 151-185.

Zitiernachweis:

SCHWARZENEGGER, Christian 2011: Schwangerschaftsabbruch in der Spätphase – Kriminologische und rechtsdogmatische Perspektiven, in: Tag, Brigitte (Hrsg.), Lebensbeginn im Spiegel des Medizinrechts. Beiträge der 2. Tagung der Medizinrechtslehrerinnen und Medizinrechtslehrer 2010 in Zürich. Baden-Baden: Nomos, 151-185

Schwangerschaftsabbruch in der Spätphase – Kriminologische und rechtsdogmatische Perspektiven

Christian Schwarzenegger

I. Spätabbruch wegen einer „Hasenscharte“?

Im Mai 2005 berichteten die britischen Medien darüber, dass der *Crown Prosecution Service* sich endgültig gegen eine Anklage gegen zwei Ärzte entschieden habe, die im Dezember 2001 einen Schwangerschaftsabbruch nach der 24. Schwangerschaftswoche (SSW) genehmigt und ausgeführt hatten. Der abgetriebene Fötus hatte eine Lippenkiefergaumenspalte,¹ die von den Ärzten als *serious handicap* eingestuft wurde. Dies ist nach dem *Abortion Act* von 1967 Voraussetzung für einen Spätabbruch.² Nach diesem Gesetz sind Schwangerschaftsabbrüche nach der 24. Schwangerschaftswoche verboten, es sei denn, es bestehe ein erhebliches Risiko, dass das Kind mit einer schwerwiegenden Behinderung auf die Welt kommen könnte.

Der Fall erlangte internationale Aufmerksamkeit, weil Joanna Jepson, eine Vikarin der Church of England, mit einer Beschwerde gegen die ursprüngliche Verfahrenseinstellung eine längere Nachuntersuchung auslöste. Jepson wurde von der *ProLife-Alliance* als Identifikationsfigur der Beschwerde ausgewählt, weil sie sich wegen eines genetischen Kieferdefektes in ihrer Kindheit einer chirurgischen Korrektur unterziehen musste. In der Beschwerde wurde geltend gemacht, eine Lippenkiefergaumenspalte sei keine schwerwiegende Behinderung. Der *Crown Prosecution Service* stellte sich hingegen auf den Standpunkt, die Ärzte hätten den Zustand des Fötus sorgfaltskonform nach den Richtlinien des *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists* untersucht und das Risiko einer schwerwiegenden Behinderung bejahen dürfen.³

Dieser Fall wirft ein Schlaglicht auf ein kontrovers diskutiertes Thema: den Schwangerschaftsabbruch in der Spätphase der Schwangerschaft. Die Zulässigkeit solcher Spätabbrüche ist umstritten, weil der Fötus im Moment der Abtötung

1 In der Alltagssprache wird diese Fehlbildung als „Hasenscharte“ bezeichnet.

2 Siehe *Nuffield Council on Bioethics* (ed.), *Critical care decisions in fetal and neonatal medicine: ethical issues*, London 2006, 55 f., 127 ff. m.N.

3 *Clare Dyer*, *Doctors who performed late abortion will not be prosecuted*, *British Medical Journal* 330 (2005), S. 688 ff.

schon sehr weit entwickelt ist und unter Umständen ausserhalb des Uterus schon überlebensfähig wäre. Der Beispielfall gibt zu mehreren Fragen Anlass:

- Darf ein Schwangerschaftsabbruch ausgeführt werden, wenn der Fötus ein Entwicklungsstadium erreicht hat, der ein Überleben *ex utero* möglich erscheinen lässt? Bestehen völker- und verfassungsrechtliche Schutzpflichten in diesem Kontext? Wie regelt das Strafrecht diese Spätabbrüche?
- Mit welchen Gründen lässt sich ein solcher Schwangerschaftsabbruch allenfalls rechtfertigen oder entschuldigen? Soll eine sogenannte „Hasenscharte“ ausreichen, um eine sozial-medizinische Indikation stellen zu dürfen?
- Wie häufig sind Spätabbrüche? Wie werden sie in der Praxis der Schweizer Spitäler gehandhabt?

Dieser Beitrag setzt sich zum Ziel, die aufgeführten Fragen aus kriminologischer und rechtsdogmatischer Perspektive zu beantworten und dabei insbesondere die verfassungs- und strafrechtlichen Aspekte näher zu beleuchten.

II. Konflikttheoretischer Blick auf die formelle Sozialkontrolle durch Strafrecht

Vor der Behandlung rechtlicher Detailfragen soll hier auf eine rechtssoziologische und kriminologische Theorientradition aufmerksam gemacht werden, die den dogmatischen Streit über das Recht auf Leben und den Menschenwürdeschutz bei Ungeborenen sowie das daraus allenfalls abgeleitete Verbot von Spätabbrüchen aus den abstrakten Sphären einer rein philosophischen oder ethischen Diskussion herauslöst und in einen konkreten gesellschaftlichen Rahmen stellt. Nach der sogenannten *sozialen Konflikttheorie* gibt es in modernen Gesellschaften nicht über alle grundlegenden Werte und Ziele einen Konsens. Bezüglich einiger Normen, die der Gesetzgeber einführt, aber auch hinsichtlich der entsprechenden Praktiken der Normanwendung und -auslegung durch die staatlichen Behörden und die Justiz bestehen soziale Konflikte zwischen gesellschaftlichen Gruppen, die auf divergierende Interessen und Wertvorstellungen zurückgehen. Das Recht ist aus konflikttheoretischer Perspektive ein Instrument der Mächtigen, ihre Wertvorstellungen und Kontrollbedürfnisse gesamtgesellschaftlich durchzusetzen und den im Konflikt unterlegenen Gesellschaftsgruppen aufzuzwängen. Ein solcher Konflikt zeigt sich deutlich in Teilbereichen des Strafrechts und der Praxis der Strafverfolgung, wie die Beispiele der Auseinandersetzungen über die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs, die Kriminalisierung des Drogenkonsums oder aber die schwache Durchsetzung umweltstrafrechtlicher Normen bzw. die fehlende strafrechtliche Aufarbeitung der gesell-

schaftsschädigenden Verhaltensweisen nach der Finanzmarktkrise plausibel erscheinen lassen.⁴ Darüber hinaus erschliesst der konflikttheoretische Ansatz auch aufschlussreiche Erklärungszusammenhänge, wenn es um die Debatte über die Reichweite gewisser Grundrechte und die Auslegung offener Verfassungsnormen geht. Der Kampf um die Einführung oder Auslegung von völkerrechtlichen Schutznormen zeigt zudem, dass grundlegende Konflikte immer mehr auf einer internationalen Ebene ausgetragen werden.

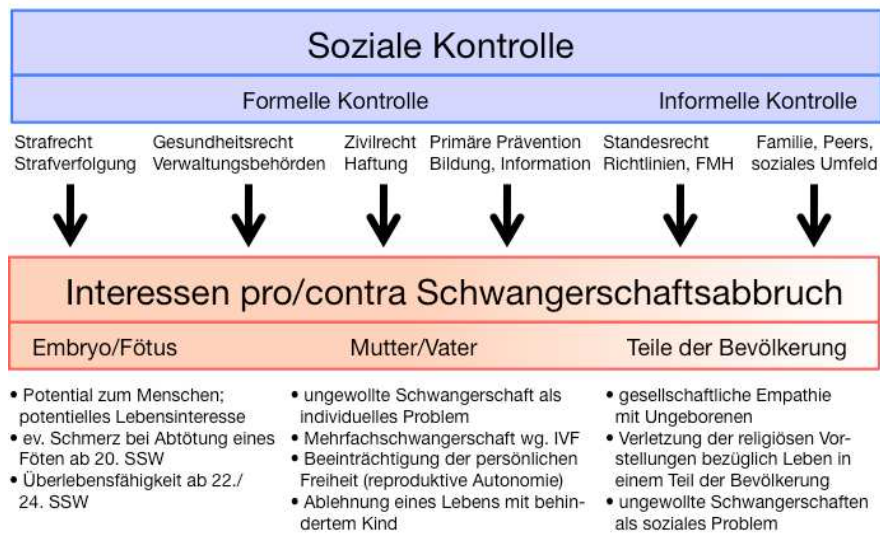


Abbildung 1: Formelle und informelle Sozialkontrolle des Schwangerschaftsabbruches bei konfligierenden Interessen

4 Vgl. weiterführend *Klaus F. Röhl*, Rechtssoziologie, Ein Lehrbuch, Köln u.a. 1987, S. 477 ff. (496); *Günther Kaiser*, Kriminologie, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Heidelberg 1996, S. 279 ff. (280) und 346 ff. zur wechselvollen Kriminalisierungsgeschichte des Schwangerschaftsabbruches.

In der feministischen Lesart der Konflikttheorie ist das Strafrecht ein Herrschaftsmittel um bestehende Geschlechterrollen und -disparitäten zu zementieren. Eine Analyse der Abtreibungsgesetzgebung in den USA führt beispielsweise Reva B. Siegel zu der Schlussfolgerung, dass die zunehmende Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs im 19. Jahrhundert vor allem mit männlichen Konzeptionen der weiblichen Rolle zusammenhing: Eine Frau sollte nach dieser Vorstellung in erster Linie Mutter und Hausfrau sein. Die Antiabtreibungskampagnen der damaligen Zeit verstanden sich als Gegenpol zur aufkommenden Feminismusbewegung.⁵ Die feministische Kritik an der Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs lässt sich in folgenden Punkten zusammenfassen:

Rechtliche Verbote oder Einschränkungen des Schwangerschaftsabbruchs unterstellen Frauen einer emotional belastenden und invasiven Form von sozialer Kontrolle.

Die Legitimierung und Struktur dieser Verbote oder Einschränkungen sind geschlechtsspezifisch verzerrt. Sie reflektieren statusbezogene Wertvorstellungen über die Rolle der Frau.

Rechtliche Verbote oder Einschränkungen des Schwangerschaftsabbruchs verletzen die Rechte der Frauen, weil sie die Mutterschaft und die Annahme einer bestimmten Frauenrolle erzwingen und die Frauen zur Übernahme von häuslichen Arbeiten verpflichten, die seit jeher dazu dienen, sie als gesellschaftliche Klasse den Männern unterzuordnen.

Rechtliche Verbote oder Einschränkungen des Schwangerschaftsabbruchs schützen das Leben von Ungeborenen kaum. Häufig setzen sie hingegen die betroffenen Frauen, insbesondere mittellose Frauen, dem Risiko unsicherer, lebensbedrohlicher (illegaler) Schwangerschaftsabbruchspraktiken aus.⁶

Man muss diesen Standpunkt nicht vollumfänglich teilen, doch deutet er darauf hin, wie gespalten die Wertvorstellungen in der Fachwelt wie auch in der Bevölkerung zum Thema Schwangerschaftsabbruch sind. Wo aber so divergierende moralische Wertungen existieren, hat sich der Gesetzgeber bei der Einführung von Verbotsnormen und der Zusprechung von grundrechtlichen Schutzgarantien Zurückhaltung aufzuerlegen. Er sollte die Konsensfindung über die rechtlichen Grenzen auch *nicht* an Ethiker delegieren, etwa durch gesetzliche Verweisung auf Richtlinien von Ethikkommissionen oder durch Einführung einer ge-

5 Reva B. Siegel, Abortion as a sex equality right, Its basis in feminist theory, in: N. Ehrenreich (ed.), The reproductive rights reader: law, medicine, and construction of motherhood, New York 2008, S. 147–160 (149); vgl. zusammenfassend Edith Gindulis, Der Konflikt um die Abtreibung – Die Bestimmungsfaktoren der Gesetzgebung um Schwangerschaftsabbruch im OECD-Vergleich, Wiesbaden 2003, S. 18 f. m.w.N.

6 Siegel (Fn. 5), S. 156 f. m.N.

setzlichen Pflicht, individuelle Entscheide von der Zustimmung einer Ethikkommission abhängig zu machen, denn Ethiker weisen im Vergleich zu anderen Berufsgruppen und wohl auch zur Allgemeinbevölkerung viel wertkonservative und repressivere Einstellungen zu Fragen des Spätabbruchs und der Präimplantationsdiagnostik (PID) auf.⁷ Das Recht darf in einem demokratischen Rechtsstaat nicht zu einem Instrument werden, welches durch äusseren Zwang ethische Normen partikulärer, aber einflussreicher Interessengruppen durchsetzt, denn dies würde eine allgemein akzeptierte Moral voraussetzen. Der Versuch, der Bevölkerung durch rechtliche Vorgaben ethische Vorstellungen aufzuzwingen, endet in einer Demokratie mit dem Verlust der Autorität des Rechts.⁸ Mit der repressiven Verfolgungspraxis, die bis Mitte der 1960er Jahre bei Schwangerschaftsabbrüchen galt, hat die Schweiz jedenfalls schlechte Erfahrungen gemacht. Diese Praxis hat kaum zum Schutz von Ungeborenen beigetragen. Vielmehr führte sie neben den rund 15'000 indizierten zu geschätzten 45'000 illegalen Schwangerschaftsabbrüchen mit den entsprechenden Gesundheitsrisiken für die betroffenen Frauen und sozialen Folgekosten.⁹ Im Gegensatz dazu zählt die Schweiz heute im internationalen Vergleich zu den Ländern mit einer der tiefsten Schwangerschaftsabbruchsraten. Sie betrug im Jahre 2009 6,4 Abbrüche pro 1'000 in der Schweiz wohnhaften Frauen zwischen 15 und 44 Jahren.¹⁰

- 7 Vgl. dazu die Befragungsdaten in *Tanja Krones*, Aspekte der Präimplantationsdiagnostik, in: Achim Bühl (Hrsg.), *Auf dem Weg zur biomächtigen Gesellschaft? Chancen und Risiken der Gentechnik*, Wiesbaden 2009, S. 137–240 (211). Ethiker halten den Spätabbruch (59,5%) sogar dann mehrheitlich für ethisch unzulässig, wenn für einen Fötus mit schweren Anomalien ein früher Tod im Kleinkindalter zu prognostizieren ist. Der gleiche Anteil liegt unter Humangenetikern bei 12,5%, bei Gynäkologen bei 20,4% und bei Pädiatern bei 34,9%. Grosse Abweichungen weisen Ethiker auch bei der ethischen Bewertung des Spätabbruchs wegen genetischer Anomalien auf (Downsyndrom, 79,2% halten diesen für ethisch unzulässig).
- 8 *Theodor Geiger*, *Über Moral und Recht*, Berlin 1979 (Orig. 1945), S. 182 ff.; vgl. aus US-amerikanischer Perspektive *Cass R. Sunstein*, *Legal reasoning and political conflict*, New York/Oxford 1996.
- 9 *Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates*, Bericht über die parlamentarische Initiative, Änderungen des Strafgesetzbuches betreffend Schwangerschaftsabbruch und Entwurf, BBl 1998 3005 (3009).
- 10 Daten gemäss *Bundesamt für Statistik*, Schwangerschaftsabbrüche in der Schweiz, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/02/03/key/03.html> (Stand: 4.1.2011).

III. Definition des Spätabbruchs

In der medizinischen Literatur wird die Schwangerschaft üblicherweise in drei Abschnitte eingeteilt, die jeweils rund 3 Monate dauern. Das erste sogenannte Trimester – auch Trimenon genannt – beginnt mit der Einnistung und endet mit Ablauf der 12. Schwangerschaftswoche, das zweite Trimester dauert von der 13. Schwangerschaftswoche bis zur 24. Schwangerschaftswoche und das dritte Trimester von der 25. Schwangerschaftswoche bis zur Geburt.¹¹ Grundlage dieser Einteilung sind die unterschiedlichen Stadien der Entwicklung des Embryos bzw. Fötus oder die biologischen Veränderungen im weiblichen Organismus.

Unter Spätabbrüchen (*late-term abortion*)¹² versteht man Schwangerschaftsabbrüche, die in der Spätphase der Schwangerschaft durchgeführt werden. Über den Beginn dieser Spätphase besteht keine Einigkeit, doch sehen mehrere Autoren die Grenze nach Ablauf der 20. Schwangerschaftswoche.¹³ Zum Teil wird die Grenze in der Literatur aber auch bei der 12. Schwangerschaftswoche¹⁴ oder der 16. Schwangerschaftswoche gesetzt. Als Abgrenzungskriterium wird teilweise auch das Gewicht des Fötus beigezogen: Wiegt er mehr als 500 g wird ein Spätabbruch angenommen.¹⁵

Im schweizerischen Strafrecht wird keine explizite Unterscheidung zwischen frühen und späten Schwangerschaftsabbrüchen getroffen, sondern nur nach solchen im Rahmen der Fristenlösung (Art. 119 Abs. 2 StGB) und der Indikationen-

11 Die Übergänge werden allerdings nicht einheitlich definiert, siehe *Gabriele Steffers/Susanne Credner*, Allgemeine Krankheitslehre und Innere Medizin für Physiotherapeuten, Stuttgart 2006, S. 19; *Christine Geist/Ulrike Harder/Andrea Stiefel*, Hebammenkunde – Lehrbuch für Schwangerschaft, Geburt, Wochenbett und Beruf, 4. Aufl., Stuttgart 2007, S. 10; *C. Bindt/A. Huber/K. Hecher*, Vorgeburtliche Entwicklung, in: Beate Herpertz-Dahlmann et al. (Hrsg.), Entwicklungspsychiatrie – Biopsychologische Grundlagen und die Entwicklung psychischer Störungen, 2. Aufl., Stuttgart/New York 2008, S. 90.

12 In den USA wird besonders heftig über die *partial-birth abortion* diskutiert.

13 Vgl. *David A. Grimes*, The continuing need for late abortions, Journal of the American Medical Association 280 (1998), S. 747–750 (747); *M. LeRoi Sprang/Mark G. Neerhof*, Rationale for banning abortions late in pregnancy, Journal of the American Medical Association 280 (1998), S. 744–747 (746). Für eine Einschränkung der Definition auf Schwangerschaftsabbrüche nach der 27. Schwangerschaftswoche dagegen *Janet E. Gans Epner/Harry S. Jonas/Daniel L. Seckinger*, Late-term abortion, Journal of the American Medical Association 280 (1998), S. 724–729 (724).

14 *Bernhard Rütsche*, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität – Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St. Gallen 2009, S. 500 f., gestützt auf die Grenzziehung in Art. 119 Abs. 2 StGB.

15 Weiterführend zur Abgrenzung *Reinhard Dettmeyer*, Medizin & Recht, Rechtliche Sicherheit für den Arzt, 2. Aufl., Heidelberg 2006, 183.

regelung (Art. 119 Abs. 1 StGB) differenziert. Erstere können zeitlich zwischen der Einnistung der befruchteten Eizelle in der Gebärmutterschleimhaut (Nidation oder Implantation) und dem Ablauf der zwölfwöchigen Frist seit Beginn der letzten Periode¹⁶ erfolgen. Letztere werden nach Ablauf der 12-Wochen-Frist bis zum Beginn der Geburtswehen durchgeführt. Strafrechtlich bildet daher in der Schweiz diese 12-Wochen-Frist die entscheidende Zäsur, ohne dass allerdings alle Schwangerschaftsabbrüche nach Ablauf dieser Frist als Spätabbrüche zu bezeichnen wären.

Aus strafrechtlicher Sicht setzt das menschliche Leben mit Beginn des Geburtsvorganges ein. Dieser beginnt nach herrschender Lehre mit dem Einsetzen der Geburtswehen. Bei operativer Entbindung wird mit unterschiedlichen Argumenten auf die Öffnung des Uterus, auf die Öffnung der Bauchdecke oder auf den Beginn der ärztlichen Intervention abgestellt.¹⁷ Muss zur Rettung des Lebens der Mutter im Verlaufe der Geburt das Baby getötet werden, handelt es sich daher nicht mehr um einen Spätabbruch, sondern um ein Tötungsdelikt, das nach den Art. 111 ff. StGB zu beurteilen ist.

Bei indizierten Spätabbrüchen kann es dazu kommen, dass durch die medikamentös eingeleitete Frühgeburt ein lebendes Kind zur Welt kommt, das unter Einsatz fachgerechter ärztlicher Massnahmen überlebensfähig wäre. Fraglich ist in solchen Fällen, ob ein Unterlassen dieser Hilfsmassnahmen durch den Arzt (oder die Mutter) als Fortsetzung des straffreien Schwangerschaftsabbruchs anzusehen sei oder als Tötung durch unechte Unterlassung betrachtet werden könnte bzw. zumindest als Unterlassung der Nothilfe nach Art. 128 StGB strafbar wäre. Die Schweizer Lehre nimmt in solchen Fällen zu Recht keine Endphase des gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruches mehr an, sondern ein einer selbständigen strafrechtlichen Wertung unterfallendes Geschehen, das als Tötung durch Unterlassung erfasst wird.¹⁸ Lässt sich der Eintritt des Todes jedoch durch

16 Das entspricht einer Frist von zehn Wochen seit der Befruchtung. Der Zeitpunkt der Nidation lässt sich nur approximativ errechnen. Die Einnistung im Uterus beginnt ca. am sechsten Tag nach der Befruchtung (ca. Tag 20 des Menstruationszyklus). Vgl. zu den zeitlichen Abläufen und strafrechtlichen Fristen *Christian Schwarzenegger/Stefan Heimgartner*, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, Art. 111 – 392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007, Vor Art. 118 Rz. 4 f., Art. 119 Rz. 4.

17 Zum Ganzen *Christian Schwarzenegger*, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, Art. 111 – 392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007, Vor Art. 111 Rz. 10 f. m.w.N.

18 Die Garantenstellung des Arztes ergibt sich aus Ingerenz, siehe *Felix Bommer*, *Pflicht zur Abtreibung als Pflicht zur Schadenminderung?*, in: ZBJV 137 (2001), S. 664 – 673 (672); *Christian Bänziger*, *Sterbehilfe für Neugeborene aus strafrechtlicher Sicht*, Zürich 2006, S. 42; *Schwarzenegger* (Fn. 17), Vor Art. 111 Rz. 13 m.w.N.

medizinische Massnahmen nicht verhindern, bleibt es bei einem Schwangerschaftsabbruch, auch wenn das Neugeborene noch für kurze Zeit lebt. Um das Risiko einer überlebenschfähigen Frühgeburt bei solchen Spätabbrüchen auszuräumen, soll nach einer Richtlinie des englischen *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists* der Fötus nach der 21. Schwangerschaftswoche plus 6 Tagen in der Regel medikamentös im Uterus abgetötet werden.¹⁹ Es gibt folglich schwierige Abgrenzungsprobleme im Schnittbereich zwischen dem Spätabbruch und der Sterbehilfe für Neugeborene, deren Leben, körperliche und psychische Integrität schon vollständig unter den Schutz der Verletzungs- und Gefährdungsdelikte des Ersten Titels des Besonderen Teils (Art. 111 ff. StGB) gestellt sind.²⁰

IV. Häufigkeit des Spätabbruchs in der Schweiz

Nach Art. 119 Abs. 5 StGB sind Ärztinnen und Ärzte verpflichtet, jeden Schwangerschaftsabbruch in anonymisierter Form an die zuständige kantonale Gesundheitsbehörde zu melden.²¹ Basierend auf diesen Meldungen erstellt das Bundesamt für Statistik jährlich eine Statistik der Schwangerschaftsabbrüche.²² Die aktuellen Daten zeigen, dass Schwangerschaftsabbrüche jenseits der 12-Wochen-Grenze – also gestützt auf eine sozial-medizinische Indikation nach Art. 119 Abs. 1 StGB – selten vorkommen (zwischen 4–5 %). Bei mehr als 50% der Schwangerschaftsabbrüche, die in der Frühphase der Schwangerschaft liegen, wird heute die medikamentöse Methode eingesetzt.²³

19 Siehe zum Fetizid *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists* (ed.), *Termination of pregnancy for fetal abnormality in England, Scotland and Wales*, London 2010, S. 29 ff. (die erste Fassung der Richtlinien wurde 1996 publiziert); auch in der Schweiz wird diese Methode bei Schwangerschaftsabbrüchen in oder nach der 23. Schwangerschaftswoche teilweise eingesetzt, siehe *Anne-Marie Rey/André Seidenberg*, Schwangerschaftsabbruch: die Praxis der Spitäler und Kliniken in der Schweiz, in: *SÄZ* 91 (2010), S. 551 – 554 (553); kritisch gegenüber dieser Methode *Martin Andreas Duncker*, Strafrechtlicher Lebensschutz in vivo – Das ungeborene menschliche Leben als Schutzgut des Strafgesetzbuches – eine medizinstrafrechtliche Untersuchung, Hamburg 2006, S. 216.

20 Dazu weiterführend *Bänziger* (Fn. 18) passim; *Schwarzenegger* (Fn. 17), Vor Art. 111 Rz. 19.

21 Eine Verletzung dieser Meldepflicht wird mit Busse bestraft, siehe Art. 120 Abs. 2 StGB.

22 Die Daten können auf folgender Webseite des Bundesamtes abgerufen werden: www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/02/03/key/03.html (zuletzt besucht am 11.11.2010).

23 Siehe *André Seidenberg et al.*, Ambulante medikamentöse Schwangerschaftsabbrüche in der Hauspraxis? Ein prospektiver Vergleich von 552 Fällen, in: *Primary Care* 9 (2009), S. 210 – 212.

	<i>Total</i>	<i>≤ 8. SSW</i>		<i>9.-10. SSW</i>		<i>11.-12. SSW</i>	
		n	%	n	%	n	%
2007	10051	7086	71	1547	15	797	8
2008	10536	7303	69	1702	16	897	9
2009	10251	7107	69	1662	16	857	8

	<i>13.-16. SSW</i>		<i>17.-22. SSW</i>		<i>≥ 23. SSW</i>		<i>unbekannt</i>
	n	%	n	%	n	%	n
2007	269	3	105	1	21	0	226
2008	303	3	124	1	34	0	173
2009	359	4	109	1	31	0	126

Tabelle 1: Anzahl Schwangerschaftsabbrüche nach Schwangerschaftswoche (2007-2009)

Eine im Herbst 2009 durchgeführte Vollerhebung²⁴ bei allen öffentlichen Spitälern, Privat- und Tageskliniken ergab, dass in der Schweiz 93 Spitäler oder Kliniken Schwangerschaftsabbrüche durchführen. 46% dieser Einrichtungen nehmen solche Eingriffe auch zwischen der 19. und 24. Schwangerschaftswoche vor. In 19 Spitälern (20%) wird auch nach der 24. Schwangerschaftswoche abgebrochen, allerdings nur dann, wenn das Leben der Schwangeren auf dem Spiel steht oder bei letaler Anomalie des Fötus.²⁵ Die Befragung dokumentiert eine unterschiedliche Handhabung der psychosozialen Indikation in der Schweiz: rund 30% der Spitäler, die nach eigenen Angaben Schwangerschaftsabbrüche nach der 12. Schwangerschaftswoche durchführen, akzeptieren eine „schwere seelische Notlage“ nicht als Indikation. In diesen Institutionen wird die Schwangerschaft nach der 12. Schwangerschaftswoche also nur abgebrochen, wenn somatisch-medizinische Gründe, wie etwa ein körperliches Risiko für die Frau oder eine fetale Anomalie, vorliegen. In rund 25% der übrigen Spitäler kann aufgrund einer psychosozialen Indikation maximal bis zur 14. Schwangerschaftswoche ein Abbruch erfolgen. Nach der 20. Schwangerschaftswoche wird aus diesem Grund nur in 3 Spitälern der Schweiz ein Schwangerschaftsabbruch ermöglicht. 33 Spitäler verlangen in Fällen, in denen eine „schwere seelische Notlage“ geltend ge-

24 Schriftliche Befragung, Rücklauf 72%, siehe *Rey/Seidenberg* (Fn. 19) 552.

25 *Rey/Seidenberg* (Fn. 19) 552.

macht wird, eine psychiatrische Begutachtung, und 18 Spitäler unterbreiten solche Fälle einem klinikinternen Gremium zur Beurteilung.²⁶

V. Gründe für den Spätabbruch

1. Spätabbrüche aufgrund prekärer Lebensverhältnisse der Schwangeren

Eine eindrückliche literarische Verarbeitung eines Falles von Spätabbruch findet sich im autobiographischen Roman „Fatherfucker“ von Shungiku Uchida.²⁷ Darin wird das Schicksal einer 15-jährigen Frau aus ärmlichen Verhältnissen geschildert, die von einem Schulkollegen, ihrer ersten Liebe, ungewollt schwanger wird. Die junge Frau verheimlicht die Schwangerschaft vor ihrer Mutter und dem Stiefvater bis zum sechsten Schwangerschaftsmonat (21. bis 24. Schwangerschaftswoche). Als ihr Zustand offensichtlich wird, missbraucht sie der Stiefvater sexuell unter dem Vorwand, einen Abbruch „auslösen“ zu müssen. Danach bringt die Mutter ihre Tochter in eine Klinik, um einen Spätabbruch vornehmen zu lassen. Einzelne Aspekte dieses Falles sind symptomatisch für die Situation von Frauen, die sich erst spät zu einem Schwangerschaftsabbruch entschliessen bzw. melden.

In einer etwas älteren empirischen Studie aus den USA (1987) ergaben sich bei den Schwangeren, die nach der 16. Schwangerschaftswoche einen Abbruch durchführen liessen, folgende Gründe für die späte Entscheidung:²⁸ 71% der

26 Rey/Seidenberg (Fn. 19) 552 f.

27 Shungiku Uchida, Wenn der Morgen kommt, werde ich traurig, Hamburg 1995 (Orig. *Fazā fakkā*, Tōkyō 1993). Die Autorin wurde für diesen Roman 1994 mit dem Bunkamura Deux Magots Literaturpreis geehrt.

28 Die Daten basieren auf einer schriftlichen Befragung aller Schwangeren, die in einem Zeitraum von 1 – 6 Wochen in einer von 30 Kliniken in allen Teilen der USA einen Abbruch durchführen liessen (Rücklaufrate: 80%; N = 1900). Die Befragungsteilnehmerinnen konnten zu den Gründen mehrere Antworten geben, siehe Aida Torres/Jaqueline Darroch Forrest, Why do women have abortions, in: Family Planning Perspectives 20 (1988), S. 169 – 176 (174); vgl. auch Lawrence B. Finer/Lori F. Frohworth/Lindsay A. Dauphinee/Susheela Singh/Anne M. Moore, Reasons U.S. women have abortions: quantitative and qualitative perspectives, in: Perspectives on Sexual and Reproductive Health 37 (2005), S. 110 – 118; Jessica W. Kiley/Lynn M. Yee/Cassandra M. Niemi/Joseph M. Feinglass/Melissa A. Simon, Delays in request for pregnancy termination: comparison of patients in the first and second trimesters, in: Contraception 81 (2010), S. 446 – 451. Letztere Studie ergab einen erhöhten Anteil an jungen, nicht berufstätigen und erstmals schwangeren Frauen, die sich später für einen Schwangerschaftsabbruch melden. Auch finanzielle Probleme, eine grosse räumliche Distanz zu einer geeigneten Klinik und die Furcht vor dem Eingriff selbst führten häufiger zum Hinauszögern

Frauen bemerkten die Schwangerschaft nicht oder sie schätzten die Dauer der Schwangerschaft falsch ein (Unwissen, Unerfahrenheit); 48% hatten Schwierigkeiten, einen Schwangerschaftsabbruch zu organisieren (v.a. finanzielle Probleme); 33 % der Frauen hatten Angst, dem Partner oder den Eltern etwas über die Schwangerschaft zu sagen;²⁹ 24% der Antwortenden brauchten so viel Zeit, um eine Entscheidung zu fällen; 8% warteten darauf, dass sich ihre Beziehung ändert, und ebenfalls 8% nannten als Grund, sie seien von jemandem unter Druck gesetzt worden, keinen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen. Für nur 2% der befragten Frauen war der Grund für den Abbruch die Diagnose einer schweren Schädigung des Fötus. Frauen unter 18 Jahren, arbeitslose Frauen und Frauen, die von *Medicaid* abhängig waren, zeigten eine signifikant höhere Spätabbruchsrate als andere Schwangere.³⁰

Das soziale Problem der Spätabbrüche hängt also zu einem gewichtigen Teil mit einem Mangel an Wissen bzw. Aufklärung, jungem Alter, niedrigem sozio-ökonomischem Status der betroffenen Frauen und Drucksituationen in der Partnerschaft oder Familie zusammen. In den USA sind davon häufig Frauen der afro-amerikanischen Minderheit betroffen. Obschon für den deutschsprachigen Raum keine Befragungsdaten über die Charakteristika der Frauen, die zu einem Spätabbruch in eine Klinik gehen, verfügbar sind, deuten die allgemeinen Statistiken und Berichte von Beteiligten darauf hin, dass hier ähnliche Einflussfaktoren wirken.

Gestützt auf eine separate Auswertung der statistischen Angaben aus 16 Kantonen kann der Anteil der Frauen ausländischer Nationalität an der Gesamtzahl der Schwangerschaftsabbrüche auf nahezu 50 Prozent geschätzt werden, bei einem Anteil an der Gesamtzahl der Frauen dieses Alters von knapp 25 Prozent. Besonders stark vertreten sind Migrantinnen aus Afrika, Südamerika, Ex-Jugoslawien, Asien und Portugal.³¹ Die Schwangerschaftsabbruchsrate betrug bei Ausländerinnen im Jahre 2003 ca. 12,5 auf 1'000 Frauen von 15 bis 44 Jah-

der Entscheidung in das zweite Trimester. Viele dieser Gründe dürften auch für Spätabbrüche im dritten Trimester gelten.

29 Dieser Grund wurde signifikant häufiger von jungen Frauen unter 18 Jahren genannt.

30 *Torres/Darroch Forrest* (Fn. 28), S. 174.

31 Im Kt. Waadt war die Abbruchsrate pro 1'000 Frauen im Jahre 2006 bei Afrikanerinnen mit Herkunft südlich der Sahara am höchsten (41,6). Danach folgen Frauen aus Nordafrika (37,7), aus Südamerika (27,9) und aus Ex-Jugoslawien (14,8). Die Abbruchsrate von Schweizerinnen betrug im gleichen Jahr 4,6 pro 1'000 Frauen im Alter von 15 – 49 Jahren. Siehe *Anne-Marie Rey*, Schwangerschaftsabbruch in der Schweiz, Zahlen und Fakten, Vortrag gehalten am 7.5.2009 an der Jahresversammlung des Verbandes der Schwangerschafts- und SexualberaterInnen, Zürich, S. 7 (abrufbar unter: <http://svss-uspda.ch/pdf/fakten-und-zahlen.pdf> [Stand: 4.1.2011]).

ren. Bei Frauen mit schweizerischer Nationalität lag der Wert bei 4 auf 1'000 Frauen. Ein wichtiger Grund für diese Ungleichverteilung ist in der Schweiz – wie in den USA – die mangelhafte Aufklärung und Schwangerschaftsverhütung in dieser Bevölkerungsgruppe.³² In Deutschland scheint das Problem der Spätabbrüche zumindest teilweise mit den strengen Moralvorstellungen in muslimischen Familien zusammenzuhängen. Viele junge Musliminnen, die nach den traditionellen Einstellungen ihrer Eltern keinen vorehelichen Sex haben dürften, verheimlichen aus Angst vor Gewalt und „Ehrenmord“ eine Schwangerschaft.³³

2. Der Zusammenhang zwischen pränataler Diagnostik und Spätabbrüchen

Seit den 1990er Jahren haben genetische Pränataldiagnosen zur Feststellung fetaler Anomalien stark zugenommen. Auch mittels Feinultraschalluntersuchungen können solche Anomalien immer besser festgestellt werden.³⁴ Einerseits können dadurch Erbkrankheiten oder Behinderungen schon vor der Geburt wirkungsvoll behandelt werden, andererseits können die betroffenen Eltern bei schweren Anomalien darüber entscheiden, ob sie einen Schwangerschaftsabbruch durchführen lassen.

32 Siehe dazu *Rey* (Fn. 31), S. 8 und 21 ff.; Daten aus: http://svss-uspda.ch/de/aktuell/comm_8_04.htm (Stand: 4.1.2011).

33 *Güner Balci*, Jetzt bist du eine Hure, in: *Der Spiegel* 1/2011, S. 34 – 38 (38).

34 Vgl. zu den verschiedenen Diagnosemöglichkeiten weiterführend *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists* (Fn. 19) S. 11 ff.

Untersuchung	Zeitpunkt/Dauer
Chromosomen (Zytogenetik)	ab 11. SSW an Chorionzotten Dauer Kurzzeit-Analyse: 1–4 Tage Dauer Langzeit-Analyse: 7–14 Tage ab 15. SSW an Fruchtwasserzellen Dauer: 8–14 Tage ab 18. SSW an kindlichen Blutzellen (Nabelschnur) Dauer: 4–7 Tage
Fruchtwasser-Schnelltest (FISH oder Molekulargenetik)	ab 15. SSW Dauer: 1–2 Tage
Mesenchym-PCR (Molekulargenetik)	ab 11. SSW an Chorionzotten Dauer: 2–3 Tage ab 15. Woche an Fruchtwasser Dauer: je nach Analyse 3–14 Tage
Alpha-Fetoprotein (biochemischer Test)	ab 15. SSW an Fruchtwasser Dauer: 1–2 Tag
Molekulargenetische Untersuchung auf Erbkrankheiten	ab 11. SSW an Chorionzotten Dauer: wenige Tage ab 15. SSW an Fruchtwasser Dauer: wenige Tage

Tabelle 2: Pränatale Diagnosemethoden nach frühestem Zeitpunkt und Dauer³⁵

Allerdings erlauben diese Untersuchungsmethoden häufig erst deutlich nach Beginn der 12. Schwangerschaftswoche eine verlässliche Aussage, womit ein allfälliger Schwangerschaftsabbruch in das zweite oder sogar dritte Trimester fällt (vergleiche Tabelle 2). Eine Untersuchung aller Pränataldiagnosefälle, die 2008 zu einem Schwangerschaftsabbruch geführt hatten, zeigt beispielsweise für England und Wales folgende Anteile an Spätabbrüchen nach Beginn der 24. Schwangerschaftswoche:³⁶

35 Quelle: *Generica AG*, Patienteninformation – Vorgeburtliche Diagnosen, 10/2004 und 6/2010, S. 1 – 2, abrufbar unter: www.genetica-ag.ch/files/prae_vorgeburtliche_diag.pdf (Stand: 4.1.2011).

36 Daten gemäss *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists* (Fn. 19), S. 13.

- 9,0% bei angeborenen Fehlbildungen (insbes. des Kreislaufsystems, ICD-10 Q10-89);
- 8,8% bei angeborenen Fehlbildungen des Nervensystems (ICD-10 Q00-07);
- 4,1% bei anderen Anomalien (insbes. bei Personen mit potentiellen Gesundheitsrisiken aufgrund der Familienanamnese, ICD-10 Z80-84 u.a.);
- 3,7% bei Chromosomenanomalien (insbes. Down-Syndrom, ICD-10 Q90-99).

In der Schweiz fehlen nähere Angaben darüber, wieviele der jährlich rund 30 Spätabbrüche in oder nach der 23. Schwangerschaftswoche auf eine pränatale Diagnose zurückzuführen sind. Es ist aber davon auszugehen, dass das Verbot der Präimplantationsdiagnostik (Art. 5 Abs. 3, Art. 37 lit. e FMedG³⁷) zu einer Verschiebung auf pränatale Diagnosen führt und damit die Zahl der Spätabbrüche fördert.³⁸

VI. Die Regelung des Schwangerschaftsabbruches nach der Indikationenregelung im Schweizerischen Strafgesetzbuch

Die Indikationenregelung³⁹ des Art. 119 Abs. 1 StGB ist ihrer Rechtsnatur nach ein Rechtfertigungsgrund.⁴⁰ Nach Ablauf von zwölf Wochen seit Beginn der letzten Periode ist ein Schwangerschaftsabbruch nur noch bei Vorliegen einer *medizinischen* oder einer *sozial-medizinischen Indikation* straflos. Zum einen ist er zulässig, sofern er notwendig ist, um die Gefahr einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung von der Schwangeren abzuwenden (medizinische Indikation). Zum anderen ist er auch gerechtfertigt, wenn damit die Gefahr einer schweren seelischen Notlage von der Frau abgewendet wird (sozial-medizinische

37 Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (SR 810.11).

38 Vgl. aus praktischer Sicht *Matthias Meili*, Wunschkind aus dem Reagenzglas, Tages-Anzeiger, 4.1.2011, S. 8, die Zahl der IVF-Behandlungen in der Schweiz ist von 7109 im Jahre 2006 auf geschätzte 9750 im Jahr 2010 angestiegen.

39 Die Fristenregelung gemäss Art. 119 Abs. 2 StGB ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Siehe zu ihren Voraussetzungen statt aller *Schwarzenegger/Heimgartner* (Fn. 16) Art. 119 Rz. 3 ff. m.w.N.

40 *Peter Albrecht*, Schwangerschaftsabbruch: kriminalpolitische und rechtstheoretische Anmerkungen zur Fristenregelung, in: ZStrR 120 (2002), S. 431 – 454 (448); *Schwarzenegger/Heimgartner* (Fn. 16) Art. 119 Rz. 2; im Ergebnis zustimmend *Stefan Trechsel*, Fristenlösung Schweizer Art, in: Jörg Arnold/Björn Burkhardt/Walter Gropp/Günter Heine/Hans-Georg Koch/Otto Lagodny/Walter Perron/Susanne Walther (Hrsg.), Menschen-gerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 637 – 653 (639).

Indikation). Es handelt sich dabei um Spezialfälle des Notstandes.⁴¹ Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein: Einwilligung der Schwangeren, Ausführung durch einen zugelassenen Arzt, medizinische oder sozial-medizinische Indikation.⁴²

1. Einwilligung der Schwangeren

Auch wenn diese Voraussetzung in Art. 119 Abs. 1 StGB nicht explizit erwähnt wird, muss die Einwilligung der Schwangeren in jedem Fall vorliegen, weil der Schwangerschaftsabbruch immer auch ein Eingriff in die körperliche Integrität der Schwangeren ist, der ohne die Einwilligung als Körperverletzung (Art. 122 ff. StGB) zu ahnden wäre. Die allgemeinen Grundsätze der rechtfertigenden Einwilligung, insbesondere bezüglich der Form und Wirksamkeit, gelten auch in diesem Zusammenhang.⁴³ Bei Urteilsunfähigkeit ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich (Art. 119 Abs. 3 StGB). Ist eine minderjährige Schwangere urteilsfähig, kann sie aber ohne Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter in den Schwangerschaftsabbruch einwilligen.

2. Ausführung durch einen zugelassenen Arzt

Art. 119 Abs. 1 StGB äussert sich nicht darüber, wer den Abbruch durchführen darf bzw. muss, doch lässt sich aus der Systematik der Normen über den Schwangerschaftsabbruch ablesen, dass er von einem zur Berufsausübung zugelassenen Arzt ausgeführt werden muss.⁴⁴ Zunächst macht Art. 119 Abs. 1 StGB den Eingriff davon abhängig, ob er „nach ärztlichem Urteil“ notwendig sei.

41 *Andreas Donatsch*, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich 2008, S. 31 „notstandsähnlicher Interessenkonflikt“; *Stefan Trechsel/Thomas Fingerhut*, in: *Stefan Trechsel et al.*, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 119 Rz. 1 „Spezialfall des Notstandes“; *Günter Stratenwerth/Guido Jenny/Felix Bommer*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, § 2 Rz. 20 „notstandsähnlicher Güter- und Interessenkonflikt“.

42 Vgl. dazu auch *Christian Peter*, Straffloser Schwangerschaftsabbruch, in: SÄZ 91 (2010) S. 825-826.

43 Siehe statt aller *Kurt Seelmann*, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1 – 110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007, Vor Art. 14 Rz. 6 ff. m.w.N.

44 Klarer brachte dies noch die alte Regelung zum Ausdruck, siehe Art. 120 Ziff. 1 aStGB: „patientierter Arzt“.

Wenn schon die Beurteilung der Indikation durch den fachkundigen Arzt vorzunehmen ist, dann gilt dies umso mehr für die Intervention am Körper der Schwangeren, die in diesem fortgeschrittenen Stadium der Schwangerschaft meist durch einen operativen Eingriff ausgeführt werden muss. Auch aus den Art. 119 Abs. 5 und 120 Abs. 2 StGB lässt sich folgern, dass der Eingriff von einem Arzt vorgenommen werden muss, denn die in diesen Bestimmungen statuierten Meldepflichten betreffen nur ihn.⁴⁵ Gesundheitsrechtlich wird die Zulassung zum Schwangerschaftsabbruch auf Ärzte eingeschränkt und teilweise einer Bewilligungspflicht unterstellt.⁴⁶

Mangels expliziter Regelung muss der Arzt, welcher die Indikation stellt, nicht mit dem Ausführenden übereinstimmen.⁴⁷ Die Indikation kann selbst von einem im Ausland zugelassenen und tätigen Arzt ausgestellt werden.⁴⁸

3. Medizinische oder sozial-medizinische Indikation

Die Indikation für einen Schwangerschaftsabbruch nach Art. 119 Abs. 1 StGB beruht – im Gegensatz zur Fristenregelung⁴⁹ – auf einer *ärztlichen Beurteilung*. Der Arzt hat sich hierbei am neusten Stand der Wissenschaft und Praxis zu orientieren, wobei ihm ein kaum überprüfbares ärztliches Ermessen zusteht.⁵⁰ Dass

45 Zur Auslegung von Art. 119 Abs. 1 StGB weiterführend *Schwarzenegger/Heimgartner* (Fn. 16) Art. 119 Rz. 12; ebenso *Donatsch* (Fn. 41) 32; *B. Corboz*, Les infractions en droit suisse, Vol. I, 3. Aufl., Berne 2010, Art. 119 Rz. 10; *Stratenwerth/Jenny/Bommer* (Fn. 41) § 2 N 22; a.M. *Trechsel* (Fn. 40) 647, wegen Art. 1 StGB (nullum crimen sine lege) können andere Personen, die einen Schwangerschaftsabbruch nach der 12. Schwangerschaftswoche durchführen, nicht strafbar sein.

46 Vgl. beispielsweise *Gesundheitsdirektion des Kt. Zürich*, Richtlinien für den straflosen Schwangerschaftsabbruch nach den Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB), Oktober 2003, Ziff. 2, erforderlich ist eine nicht eingeschränkte ärztliche Berufsausübungsbewilligung und eine schriftliche Bestätigung, die mit der Bewilligung verbundenen Auflagen einzuhalten.

47 *Trechsel* (Fn. 40), S. 647.

48 *Estelle de Luze*, Interruption volontaire de grossesse et droit à la vie, in: Laurent Moreillon/André Kuhn/Aude Bichovsky/Aline Willi-Jayet/Baptiste Viredaz (éds.), *Aspects pénaux du droit du vivant*, Genève 2004, S. 73 – 89 (83).

49 Hier genügt die Geltendmachung einer Notlage durch die Schwangere und ihr schriftliches Verlangen nach einem Schwangerschaftsabbruch. Der Arzt hat die Schwangere zu beraten, überprüft aber nicht, ob die Notlage tatsächlich vorliegt; siehe zu den diesbezüglich klaren Vorgaben des Gesetzgebers *Schwarzenegger/Heimgartner* (Fn. 16) Art. 119 Rz. 8 m.N.

50 *Rey/Seidenberg* (Fn. 19), S. 552, „breiter Ermessensspielraum in der Beurteilung des Einzelfalls“.

der potentielle „Täter“ selbst für die Einschätzung der Situation und die rechtfertigende Indikation zuständig erklärt wird, schwächt zwar die staatliche Kontrolle, soll aber der Schwangeren nach der expliziten Meinung des Gesetzgebers die Belastungen einer Zweitbegutachtung ersparen.⁵¹ Aus den französischen und italienischen Fassungen der Bestimmung geht unmissverständlich hervor, dass die Beurteilung *eines* Arztes genügt. Die Kantone dürfen diesbezüglich keine strengerer Regelungen in ihrem Gesundheitsrecht einführen.⁵²

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die möglichen Gründe in Form eines Indikationenkataloges aufzulisten, weil damit die Variationsbreite der denkbaren Lebenssituationen nicht genügend erfasst werden kann. Die beiden offen formulierten Indikationen lassen eine Berücksichtigung aller Gründe zu, wobei allein ihr Gewicht ausschlaggebend sein soll.

Indiziert ist der Schwangerschaftsabbruch in der ersten Variante, wenn er nach ärztlichem Urteil geeignet und notwendig ist, um eine *drohende, schwerwiegende körperliche Schädigung der Schwangeren*, zu der auch eine drohende Lebensgefahr⁵³ zu zählen ist, abzuwenden (*medizinische Indikation*). Zur Lebensgefahr zählt auch die Suizidgefahr. Weiter kommen auch Gesundheitsgefahren in Betracht, wie beispielsweise das Auslösen oder Verstärken von Krankheiten. Die Gefahrenlage muss nicht unmittelbar bestehen, sondern kann sich auch erst nach der Geburt entwickeln. Keine Gefahr einer schwerwiegenden Schädigung kann in Komplikationen erblickt werden, die regelmässig mit einer Schwangerschaft einhergehen.

Die zweite Indikationsvariante ist die „schwere seelische Notlage“ (*sozial-medizinische Indikation*). Eine solche droht, *wenn die Frau leicht in einen dauerhaften psychischen Ausnahmezustand geraten könnte*. Unerheblich bleibt dabei, welche Ursachen diesen Zustand auslösen. Nicht vorausgesetzt wird, dass der drohende psychische Ausnahmezustand einem Krankheitsbild entspricht. Bei der Beurteilung sind sämtliche inneren und äusseren Umstände in Betracht zu ziehen. Es sind somit neben der Persönlichkeitsstruktur auch die gegenwärtigen und zukünftigen Lebensumstände der Schwangeren zu berücksichtigen. Bei dieser Indikation handelt es sich um eine Gesamtindikation. Dem Entscheid über

51 Trechsel (Fn. 40), S. 647; kritisch André Clerc, Über eine aktuelle Tendenz im Strafrecht am Beispiel der Fristenregelung, in: Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung 11 (2002), S. 121–131 (129).

52 BGE 129 IV 402; de Luze (Fn. 48), S. 83.

53 Im Falle einer akuten Lebensgefahr für die Schwangere wäre ein Schwangerschaftsabbruch auch gestützt auf die Bestimmungen über den Notstand bzw. die Notstandshilfe (Art. 17, allenfalls Art. 18) – was in Art. 120 Ziff. 2 aStGB noch ausdrücklich vorbehalten war – gerechtfertigt.

den Schwangerschaftsabbruch können somit die *embryopathische, kriminologische* oder *psychiatrische Indikation*, aber auch *andere Gründe, die zu einer schweren Notlage führen* – auch in Kombination – zugrundegelegt werden.⁵⁴

Eine *embryopathische Indikation* ist zu bejahen, wenn zu erwarten ist, dass die körperliche oder geistige Konstitution des Ungeborenen zu einer derart gravierenden Beeinträchtigung nach der Geburt führen wird, dass die Pflege und Erziehung des kranken Kindes eine unzumutbare Überforderung der Mutter und eventuell ihrer Familie bedeuten würde.⁵⁵ Unter diese Fallgruppe sind insbesondere auch die nicht überlebensfähigen Föten (Anenzephalie) zu zählen, bei denen nach der Geburt eine Sterbehilfe gerechtfertigt wäre. In der Schweiz würde dagegen die pränatale Diagnose einer Lippenkiefergaumenspalte, mit der im einleitenden Beispiel aus England der Spätabbruch gerechtfertigt wurde, für eine sozial-medizinische Indikation nicht ausreichen.

Die *kriminologische Indikation* setzt ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Sexualdelikt im Sinne von Art. 187 f., 190 ff. oder 213 StGB voraus, das mit grosser Wahrscheinlichkeit die Schwangerschaft des Opfers bewirkt hat.

4. Keine zeitliche Beschränkung, aber zunehmende Schutzwürdigkeit des Ungeborenen im Verlaufe der Schwangerschaft

Bei Vorliegen der soeben erläuterten Voraussetzungen ist ein Abbruch theoretisch in allen Phasen der Schwangerschaft jenseits der 12-Wochen-Frist bis zum Beginn des Geburtsvorganges, das heisst bis zum Einsetzen der Eröffnungswehen bzw. bis zur operativen Entbindung, zulässig. Es gibt demnach im schweizerischen Strafrecht keine weiteren zeitlichen Limiten, insbesondere keine, die den Schwangerschaftsabbruch ab der Überlebensfähigkeit des Föten oder generell ab der 24. Schwangerschaftswoche ausschliessen bzw. nur unter restriktiveren Voraussetzungen zulassen würden.⁵⁶

54 Schwarzenegger/Heimgartner (Fn. 16), Art. 119 Rz. 15; Trechsel (Fn. 40), S. 646.

55 De Luze (Fn. 48), S. 75; Henning Schneider, Schwangerschaftsabbruch, pränatale Diagnostik und intrauterine Therapie, in: Ethik in der Medizin 10 (1998), S. 46 – 57 (46); Schwarzenegger/Heimgartner (Fn. 16), Art. 119 Rz. 15; Trechsel (Fn. 40), S. 646.

56 Eine derartige weitergehende Begrenzung ist im für England, Wales und Schottland geltenden *Abortion Act 1967* c. 87 in Art. 1(1)(a) vorgesehen. Der Schwangerschaftsabbruch ist bis zur 24. Schwangerschaftswoche gerechtfertigt („*pregnancy has not exceeded its twenty-fourth week*“). Ausnahmsweise ist er aber auch nach dieser Frist zulässig, wenn die Voraussetzungen der Art. 1(1)(b)(c) oder (d) erfüllt sind. In den USA ist der Schwangerschaftsabbruch nach der Überlebensfähigkeit („*viability*“) in 23 Bundesstaaten verboten. 5 Bundesstaaten verbieten ihn im dritten Trimester der Schwangerschaft, und 10

Der Schweizer Gesetzgeber hat aber bei der Änderung der Normen über den Schwangerschaftsabbruch, die seit dem 1. Oktober 2002 in Kraft stehen, die zunehmende Schutzwürdigkeit des Ungeborenen im Laufe seiner Entwicklung auf andere Art berücksichtigt. Er hat dem Arzt bei der Indikationsstellung eine *Beurteilungsregel gesetzlich vorgegeben*, nach welcher *die Gefahr einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung oder einer schweren seelischen Notlage umso grösser sein muss, je fortgeschrittener die Schwangerschaft ist* (Art. 119 Abs. 1 letzter Satz StGB).⁵⁷ Je näher die Schwangerschaft der 40. Schwangerschaftswoche und damit der Geburt rückt, desto gravierender und wahrscheinlicher muss die medizinisch oder sozial-medizinisch feststellbare Notstandslage der Schwangeren sein, damit die Terminierung des Lebens des Ungeborenen noch gerechtfertigt werden kann. Trotz des von Art. 119 Abs. 1 StGB eingeräumten breiten Ermessensspielraumes bei der Indikationsstellung hat sich in den Schweizer Spitälern eine strenge Praxis entwickelt. Eine embryopathologische Indikation wird nach der 12. Schwangerschaftswoche nur in Fällen mit schwerer fetaler Pathologie bejaht. Nach Erreichen der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus (nach der 24. Schwangerschaftswoche) wird die Indikation auch bei nachgewiesener Pathologie des Ungeborenen auf Fälle beschränkt, in denen keine Aussicht auf ein extrauterines Überleben oder eine minimale kognitive Entwicklungsfähigkeit ge-

Bundesstaaten kennen ein Verbot nach Überschreitung einer bestimmten Frist (in der Regel der 24. Schwangerschaftswoche). Ausnahmsweise ist auch in den USA ein Schwangerschaftsabbruch nach diesen Grenzwerten möglich, insbesondere wenn das Leben oder die Gesundheit der Mutter in Gefahr ist, vgl. den Überblick in *Guttmacher Institute, State policies on late-term abortions*, New York/Washington 2011, 1, abrufbar unter: http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_PLTA.pdf (Stand: 4.1.2011).

57 *Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates* (Fn. 9), S. 3015; vgl. *Schwarzenegger/Heimgartner* (Fn. 16), Vor Art. 118 Rz. 3; Art. 119 Rz. 13; *Brigitte Tag*, Strafrecht im Arztalltag, in: Thomas Poledna/Moriz Kuhn (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 669 – 765 (731); *Rütsche* (Fn. 14), S. 501 f.; kritisch gegen dieses Begrenzungskriterium *Clerc* (Fn. 51), S. 129, für den damit die Grenzen der Strafbarkeit zu unbestimmt bleiben („Konfrontation mit Art. 1 und Art. 7 EMRK“).

geben ist.⁵⁸ Als Beispiele solcher Extremfälle mit Letalfaktor werden genannt: Trisomie 13, 18, Anencephalus, beidseitige Nierenagenesie.⁵⁹

Gemäss mündlicher Mitteilung von Prof. Dr. Roland Zimmermann⁶⁰ kommt es am Universitätsspital Zürich pro Jahr durchschnittlich zu einem Fall, der als Spätabbruch bezeichnet werden kann. Embryopathische Indikationen wurden beispielsweise gestellt bei schwerwiegenden Anomalien wie Hydrocephalus und Spina bifida, um einen Schwangerschaftsabbruch in der 20. Schwangerschaftswoche zuzulassen. Medizinische Indikationen betrafen auch schwangere Frauen mit Magenkrebs beziehungsweise Herzkrankheit. Der Schwangerschaftsabbruch erfolgte auch in diesen Fällen jeweils in der 20. Schwangerschaftswoche. Am Universitätsspital Zürich ist für die Indikationsstellung jeweils derjenige Facharzt zuständig, der betreffend der konkreten Gefährdungssituation die beste Kompetenz hat. Bei Krebs der Schwangeren wird ein Onkologe beigezogen, bei Herzkrankheiten der Kardiologe, bei schwerwiegenden Anomalien des Ungeborenen der Geburtshilfespezialist, bei psychosozialen Notlagen und Suizidalität der Psychiater. Ein Fall, in welchem eine embryopathische Indikation verneint wurde, betraf einen Fötus in der 26. Schwangerschaftswoche, der ein Loch im Zwerchfell aufwies. Bei einer allfälligen Operation nach der Geburt bestand eine 10–20%-ige Überlebenschance. Weil keine Suizidalität bei der Schwangeren festgestellt wurde und auch keine Beeinträchtigung der Mutter durch eine spätere intensive und lange Pflegebedürftigkeit des Kindes zu erwarten war,⁶¹ lag auch kein Fall einer sozial-medizinischen Indikation vor.

58 *Schneider* (Fn. 55), S. 46 f.; *Rey* (Fn. 31), S. 23, die allerdings die fehlende Transparenz bei den Spätabbrüchen in der Schweiz bemängelt. Die Grenze, bis wann ein Abbruch aufgrund einer sozial-medizinischen Indikation zugelassen werde, sei regional sehr unterschiedlich und hänge vom jeweiligen Chefarzt ab. *Rey/Seidenberg* (Fn. 19), S. 553, berichten davon, dass gemäss einer Umfrage bei den kantonalen Familienplanungsstellen jährlich rund 50 Frauen aus der Schweiz, die einen Schwangerschaftsabbruch nach der 12. Schwangerschaftswoche durchführen lassen wollen, ins Ausland ausweichen müssten.

59 *Schneider* (Fn. 55), S. 47; *Prof. Dr. Roland Zimmermann*, Direktor der Klinik für Geburtshilfe, Universitätsspital Zürich, mündliche Mitteilung vom 5. Februar 2010.

60 Mündliche Mitteilung vom 5. Februar 2010.

61 Wie es z.B. in Fällen von Spina bifida zu bejahen wäre.

5. Beratungspflicht bei pränataler genetischer Untersuchung beziehungsweise Risikoabklärung

Art. 15 GUMG⁶² sieht bei pränatalen genetischen Untersuchungen bzw. Risikoabklärungen⁶³ bestimmte Beratungspflichten vor. Es ist ausserdem verboten, pränatale Untersuchungen durchzuführen, die darauf abzielen, Eigenschaften des Embryos oder des Fötus, welche dessen Gesundheit nicht direkt beeinträchtigen, zu ermitteln, oder das Geschlecht des Embryos oder des Fötus zu einem anderen Zweck als der Diagnose einer Krankheit festzustellen (Art. 11 GUMG). Damit soll einer Selektion Ungeborener nach Wunsch der Eltern, das heisst einer Erzeugung nach Mass, entgegengewirkt werden.⁶⁴ Gleichzeitig will das Gesetz dadurch auch rechtzeitig prophylaktische oder therapeutische Massnahmen zugunsten des Ungeborenen ermöglichen und einer genetisch vorbelasteten Mutter Sicherheit geben, dass der Embryo nicht geschädigt ist.⁶⁵ Faktisch zielen aber die meisten pränatalen Untersuchungen auf die Ermittlung nicht-therapierbarer Schädigungen. In der Regel bilden diese Untersuchungen dann die Grundlage für den Entscheid über einen Schwangerschaftsabbruch.⁶⁶

VII. Weitergehende völker- und verfassungsrechtliche Schranken?

Das Strafrecht differenziert beim Schutz des menschlichen Lebens zwischen einer ersten Phase, die von der Nidation⁶⁷ bis zum Beginn der Geburt reicht, und einer zweiten Phase, die mit dem Beginn der Geburt ansetzt und bis zum Tod reicht. Die erste Phase, das pränatale Leben, wird von Art. 118 StGB nicht um-

62 Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (SR 810.12).

63 D.h. bei Laboruntersuchungen und bildgebenden Verfahren, Art. 15 ff. GUMG.

64 Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen, BBl 2002 7361 (7410).

65 Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen, BBl 2002 7361 (7409).

66 Vgl. Rütsche (Fn. 14), S. 518 ff.

67 Zerstörerische oder schädigende Interventionen an Embryonen *ex utero* (in-vitro fertilisierte Eizelle, Embryotransfer) oder an Föten nach einem Schwangerschaftsabbruch sowie bei Genmanipulationen am menschlichen Erbgut gehören weder zum Schutzbereich der Tötungsdelikte noch zu jenem des strafbaren Schwangerschaftsabbruchs. Vgl. dazu Art. 119 Abs. 2 BV; Art. 29 ff. FMedG; Art. 24 f. StFG (Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen, SR 810.31). In Vorbereitung ist auch ein Bundesgesetz zur Forschung am Menschen (vgl. Art. 61 f. E-HFG), dazu Botschaft vom 21.10.2009, BBl 2009 8045.

fassend geschützt, denn nur die vorsätzliche Zerstörung des pränatalen Lebens ist strafbar. Zudem sind vorsätzliche Eingriffe in den ersten 12 Wochen, falls die schwangere Frau dies verlangt, rechtmässig, und auch nach Ablauf der 12. Schwangerschaftswoche besteht – wie im vorstehenden Abschnitt erläutert – die Möglichkeit, einen vorsätzlichen Schwangerschaftsabbruch gestützt auf eine medizinische oder sozial-medizinische Indikation vorzunehmen. Nach Beginn der Geburt greift demgegenüber der volle strafrechtliche Schutz gegen Verletzungen und Gefährdungen von Leib und Leben.⁶⁸

Es stellt sich als nächstes die Frage, ob dieser differenzierende strafrechtliche Schutz des menschlichen Lebens mit dem geltenden Völker- und Verfassungsrecht überhaupt im Einklang steht, denn die Grundrechte, wie sie sich aus diesen Quellen ergeben, sind im Hinblick auf die Reichweite des Lebensschutzes, die Rechtfertigung von Tötungshandlungen oder deren Entschuldbarkeit für den Gesetzgeber, ebenso wie für die Strafgerichte bei der Rechtsanwendung und Auslegung, Vorgabe und Grenze zugleich. Sollte sich aus den völker- und verfassungsrechtlichen Grundlagen beispielsweise ergeben, dass ein Embryo ab Befruchtung den gleichen grundrechtlichen Schutzanspruch hat wie ein Mensch nach Beginn der Geburt, wäre die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs in den Art. 118 ff. StGB verfassungswidrig und müsste vom Gesetzgeber revidiert werden.⁶⁹

1. Sind Ungeborene Grundrechtsträger in Bezug auf das Recht auf Leben?

Das Recht auf Leben schützt die physische und psychische Existenz eines Individuums. Es sichert die Grundvoraussetzung jeder persönlichen Selbstentfaltung und damit des Genusses aller weiteren Grundrechte.⁷⁰ Neben Art. 10 Abs. 1 BV⁷¹

68 Es erscheint allerdings als Wertungswiderspruch, dem nicht überlebensfähigen, sehr unreifen Frühgeborenen den vollen strafrechtlichen Schutz von Leib und Leben zu gewähren, während ein sehr viel weiter entwickeltes Ungeborenes nur gegen vorsätzliche Abtötung geschützt wird. So zu Recht *Bänziger* (Fn. 18), S. 42.

69 Die Völkerrechts- oder Verfassungswidrigkeit könnte im Beispielfall nicht im Wege einer völkerrechts- oder verfassungskonformen Auslegung von Art. 118 – 119 StGB behoben werden, weil dadurch die Strafbarkeit notwendigerweise ausgedehnt werden müsste. Dies widerspräche aber dem Analogieverbot zuungunsten des Täters (Art. 1 StGB).

70 BGE 98 Ia 508, 515; Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 145 f.; vgl. *Markus Schefer*, Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001, S. 403 f.

71 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

und Art. 2 Abs. 1 EMRK⁷² ist das Recht auf Leben auch in Art. 6 Abs. 1 UNO-Pakt II⁷³ und Art. 6 Abs. 1 KRK⁷⁴ verbürgt.⁷⁵ Sind auch Embryonen und Föten Rechtsträger im Sinne dieser Bestimmungen?⁷⁶

Es lassen sich grob und verkürzend⁷⁷ die folgenden vier Positionen unterscheiden.

a) Bejahung der Grundrechtsträgerschaft und rigoristischer Lebensschutz

Eine erste *Position* postuliert einen *umfassenden Lebensschutz* für Embryonen und Föten. Letzteren kommt von Anfang an, also „mit der Vereinigung der beiden Vorkerne von Ei- und Samenzelle“ (Befruchtung), Grundrechtsträgerstellung zu. Da das Recht auf Leben im Kern als absoluter Schutz konzipiert ist, kann keine Abwägung zwischen der Grundrechtsposition der Schwangeren und jener des ungeborenen Lebens vorgenommen werden. Konsequenterweise hätte der Staat nicht nur alle behördlichen Eingriffe in dieses Rechtsgut zu unterlassen, sondern eine aus der Verfassung abgeleitete Pflicht, den absoluten Lebensschutz gegenüber Dritten, insbesondere auch gegenüber der Schwangeren, durchzusetzen. Eingriffe, die zur Zerstörung eines Embryos *ex utero* oder in der Frühphase der Schwangerschaft oder aber zur Vernichtung eines Föten in der späteren Phase der Schwangerschaft führen, müssten (strafrechtlich) verboten werden.⁷⁸ Diese Position korrespondiert mit den biologischen Erkenntnissen über die Entstehung menschlichen Lebens, ist simpel und konsequent, negiert aber gleichzeitig

72 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

73 Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2).

74 Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107).

75 Siehe auch Art. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 (Fassung vom 12. Dezember 2007, ABl. C 202 vom 14.12.2007, S. 1); Art. 3 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (Resolution 217 A [III] der Generalversammlung vom 10. Dezember 1948).

76 „Jeder Mensch hat das Recht auf Leben.“ (Art. 10 Abs. 1 BV) „Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt.“ (Art. 2 Abs. 1 EMRK).

77 So bestehen im Detail zahlreiche Unterschiede, etwa bezüglich des Beginns der Schutzpflicht.

78 Das ist die Position der römisch-katholischen, evangelischen und der orthodoxen Kirche, siehe zusammenfassend *Diradur Sardarjan*, Bioethik in ökumenischer Perspektive – Offizielle Stellungnahmen der christlichen Kirchen in Deutschland zu bioethischen Fragen um den Anfang des menschlichen Lebens im Dialog mit der orthodoxen Theologie, Berlin 2008, S. 157 ff. m.N. Drei Mitgliedstaaten des Europarates kennen ein Totalverbot des Schwangerschaftsabbruchs (Andorra, Malta, San Marino, Stand: Dez. 2010).

die Grundrechte der betroffenen Schwangeren und würde bei buchstabengetreuer Umsetzung zu einem Repressionsmodell zurückkehren, dass sich in seinen Konsequenzen in der Vergangenheit als sozialschädlich erwiesen hat.

b) Bejahung der Grundrechtsträgerschaft, aber Ausnahmen vom Lebensschutz

Eine *zweite Position* sieht in Embryonen und Föten ab dem Moment der Befruchtung ebenfalls Grundrechtsträger des Rechts auf Leben. Der staatlichen Schutzpflicht kann auch nach dieser Ansicht nur Genüge getan werden, wenn der Gesetzgeber den Schwangerschaftsabbruch verbietet und einer Schwangeren damit die Rechtspflicht auferlegt, das Kind auszutragen. Anders als beim rigoristischen Lebensschutzkonzept sollen aber auch die Grundrechtspositionen der schwangeren Frau⁷⁹ Berücksichtigung finden. Demzufolge könne in Ausnahmesituationen ein Schwangerschaftsabbruch gerechtfertigt sein. Diese Ausnahmesituationen hätten sich am Kriterium der Unzumutbarkeit zu orientieren.⁸⁰

Bisweilen wird damit argumentiert, dass es einen Unterschied gebe zwischen der Existenz des Lebensrechtes, das als absolut zu betrachten sei, und dem Instrument des Lebensschutzes, bei dem graduelle Unterschiede bis hin zur Schutzlosigkeit in Extremsituationen zulässig seien.⁸¹

79 Menschenwürde (Art. 7 BV), Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV), persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV).

80 Dies entspricht der Auffassung des deutschen BVerfG 39, 1; 88, 203. Vgl. zur deutschen Verfassungsdoktrin zusammenfassend *Rütsche* (Fn. 14), S. 192, 494 f. m.w.N. Eine Grundrechtsträgerschaft des Ungeborenen wird teilweise auch in der Schweiz vertreten, siehe *Yvo Hangartner*, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe – Eine grundrechtliche Standortbestimmung, Zürich 2000, S. 24; *Duncker* (Fn. 19), S. 56 f.; *Rainer J. Schweizer*, in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 10 Rz. 10. Alle Autoren berufen sich auf Art. 119 Abs. 2 lit. c BV, aus dem sich aber bezüglich der Rechtsträgerschaft des Embryos nichts ableiten lässt, zu Recht kritisch *Giovanni Biaggini*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, Art. 10 Rz. 8; *Rütsche* (Fn. 14), S. 236, 307.

81 *Ralph Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, Das Menschenleben als Schutzobjekt des Strafrechts, Köln u.a. 2004, S. 14 f.; ihm folgend *Duncker* (Fn. 19), S. 52. Diese Auffassung mag vielleicht das Juristengewissen beruhigen, weil in der Rechtssphäre alles intakt bleibt (absolutes Lebensrecht). In der realen Rechtsanwendung hilft das vielen vermeintlichen Grundrechtsträgern nichts, weil ihnen keine Schutzinstrumente gegen den Schwangerschaftsabbruch zugestanden werden, obschon sich die Situationen nur selten so extrem darbieten, wie es in anderem Kontext zur Rechtfertigung von Tötungen notwendig wäre.

Diese zweite Ansicht mag in und für Deutschland gelten, überzeugend ist sie nicht. Zunächst ergibt sich zumindest aus schweizerischer Perspektive eine seltsame begriffliche Verwirrung. Wenn Embryonen und Föten als „Menschen“ i.S.v. Art. 10 Abs. 1 BV anzusehen wären, warum sollten sie dann nicht ebenso „Menschen“ im Sinne der Art. 111, 117, 122, 123, 125 usw. StGB sein? Mit anderen Worten: die vorsätzliche *und* fahrlässige Tötung *und* Körperverletzung von Ungeborenen müsste immer strafbar sein.⁸² Eine verfassungskonforme Auslegung nach dem Wortsinn müsste zu diesem Schluss kommen.

Die Position führt überraschenderweise auch zu einer *Abwertung der Lebensschutzgarantie*. Zwar ist der absolute Lebensschutz auch unter geborenen Menschen nicht lückenlos gewährleistet,⁸³ doch ist die Relativierung der staatlichen Schutzpflicht gegen Tötungen durch staatliche Organe oder unter Dritten *nur in extremen Fällen von Grundrechtskollisionen* zulässig. So stehen sich bei der gezielten Tötung aus Notwehr oder beim gezielten finalen Rettungs- bzw. Todeschuss das Leben eines Angreifers und das Leben einer Person oder gar mehrerer Personen gegenüber. Die Rechtfertigung der vorsätzlichen Tötung aus Notwehr bzw. Notwehrhilfe legitimiert sich hier aus der Gefahrschaffung durch den Angreifer. Wenn kein milderes Mittel die vom Angreifer ausgehende unmittelbare Gefahr zu beseitigen vermag, dann hat sein Lebensrecht dem Lebensrecht des Angegriffenen zu weichen. Im Kontext der Sterbehilfe – so beim Suizid oder Behandlungsverzicht eines Urteilsfähigen – tritt die staatliche Pflicht zum Lebensschutz hinter das Selbstbestimmungsrecht des Sterbewilligen (Art. 10 Abs. 2 BV) zurück. Bei Embryos und Föten gibt es aber keinen Angriff, und von einer Selbstgefährdung kann schon gar nicht gesprochen werden. Die Abwertung des Rechts auf Leben liegt nun darin, dass beim Schwangerschaftsabbruch in vielen Fällen eine Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit der Schwangeren faktisch höher gewichtet würde als „das Leben als höchstes Rechtsgut“.⁸⁴ Der in der

82 Eine Rechtfertigung nach Art. 119 StGB wäre bei den fahrlässigen Varianten und der Körperverletzung kaum denkbar.

83 Siehe zum Absolutheitsanspruch BGE 98 Ia 508, 514: „Das Recht auf Leben erträgt ... keinerlei Beschränkungen; auf gesetzlicher Grundlage beruhende und im öffentlichen Interesse liegende Eingriffe sind verfassungsrechtlich undenkbar.“ Dahinter steht die Erkenntnis, dass ein Eingriff in das Recht auf Leben graduell nicht abgestuft werden kann, sondern immer gleich einer Auslöschung des Grundrechtsträgers entspricht. Das Postulat der Absolutheit des Lebensschutzes ist aber unzutreffend, siehe dazu ausführlich *Schwarzenegger* (Fn. 17), Vor Art. 111 Rz. 6 m.w.N. auch zu abweichenden Meinungen. In diesem Punkt gleicher Meinung *Duncker* (Fn. 19), S. 46 ff., aber mit anderer Schlussfolgerung auf S. 102.

84 Parlamentarische Initiative Änderung des Strafgesetzbuches betreffend Schwangerschaftsabbruch, Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht vom 19. März 1998 der

deutschen Lehre vorgeschlagene Lösungsansatz,⁸⁵ unter Berufung auf die Figur des Defensivnotstandes den Grundrechten der Schwangeren Vorrang gegenüber dem postulierten Lebensrecht des Ungeborenen einzuräumen und den Schwangerschaftsabbruch damit zu rechtfertigen, überzeugt ebenfalls nicht. Der Eingriffsadressat Embryo bzw. Fötus stellt in den meisten Fällen gar keine unmittelbare Gefahr dar.⁸⁶ Er wäre in der Schweiz auch deshalb nicht tragfähig, weil durch die Notstandshandlung „höherwertige Interessen“ gewahrt werden müssen (Art. 17 StGB).⁸⁷ Wie man es dreht oder wendet, man kommt auf diesem Wege nicht zur Rechtfertigungslösung, sondern höchstens zu einem strafausschliessen oder -mildernden Notstandsexzess (Art. 18 StGB).⁸⁸

Schliesslich müsste diese Ansicht, falls sie wirklich ernst gemeint ist, zur Revision des ZGB⁸⁹ Anlass geben,⁹⁰ da ein Ungeborenes *de lege lata* nicht rechtsfähig ist, wenn es nicht lebendig geboren wird. Wegen der naheliegenden Interessenkollision zur Mutter müsste auch eine gesetzliche Stellvertretung vorgesehen werden, damit eine Verletzung des Rechts auf Leben überhaupt eingeklagt werden könnte. Die Säumnis des Gesetzgebers wäre als Verstoß gegen Art. 2 EMRK zu erachten,⁹¹ aus dem sich auch prozedurale Schutzpflichten ergeben.

Die Vertreter dieser zweiten Ansicht machen sich kaum Gedanken über die Konsequenzen ihrer Verfassungsauslegung für das Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht. Letztlich scheint es ihnen vor allem um die Symbolik zu gehen.

Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 26. August 1998, BBl 1998 5376 (5382).

85 Kurt Seelmann, Haben Embryonen Menschenwürde?, in: Markus Kettner (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt a.M. 2004, S. 63 – 80 (79).

86 Eine Ausnahme wäre anzunehmen, wenn von der Konstitution des Ungeborenen eine Lebensgefahr für die Schwangere ausgeht. Vgl. zu den Limiten dieses Ansatzes auch Rütsche (Fn. 14), S. 497 ff.

87 Vgl. weiterführend Gian Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der „Haustyrannentötung“, Zürich 2010, S. 170 ff. (184): „In den meisten Defensivnotstandsfällen, in welchen die Rechtsgüter Leben gegenüber stehen, gelingt die Rechtfertigung nicht.“

88 Aus strafrechtlicher Sicht wäre der Schwangerschaftsabbruch dann ein rechtswidriger Angriff auf das Rechtsgut Leben des Embryos oder Fötus, gegen den Notwehrhilfe geleistet werden dürfte!

89 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

90 Insbesondere von Art. 31 ZGB.

91 Auch Art. 35 BV verlangt, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung gebracht werden müssen. Siehe zur Schutzpflicht aus der EMRK weiter unten lit. c.

c) Verneinung der Grundrechtsträgerschaft, aber abgestufter Lebensschutz für Embryonen und Föten

Eine dritte Position geht davon aus, der Beginn des verfassungsrechtlichen Lebensschutzes sei in den Art. 2 Abs. 1 EMRK und Art. 10 Abs. 1 BV nicht geregelt worden⁹² und daher auslegungsbedürftig. Es sei Sache des zuständigen Gesetzgebers, die Frage näher zu klären.⁹³ Nicht zuletzt mit Blick auf die Inkonsistenzen, die sich aus der zweiten Position ergeben (siehe oben, lit. b), wird als massgebender Zeitpunkt, ab welchem die Grundrechtsträgerschaft im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV beginnt, die *Geburt* angesehen.⁹⁴

Embryonen und Föten haben nach dieser Ansicht kein einklagbares Grundrecht auf Leben, aber dennoch ergibt sich aus der Grundrechtsordnung der Verfassung eine Pflicht, das ungeborene Leben zu schützen,⁹⁵ wobei diese Schutzpflicht mit zunehmender Entwicklung des Fötus anwächst. Der zunehmende Eigenwert des ungeborenen Lebens muss mit den Grundrechtspositionen der Schwangeren (Recht auf Leben, Menschenwürde, Selbstbestimmung, persönliche Freiheit) abgewogen werden.⁹⁶

Diese Ansicht verdient den Vorzug, und zwar aus folgenden Gründen: Embryonen und Föten kommt gemäss der Rechtsprechung des EGMR kein umfassender Lebensschutz im Sinne von Art. 2 EMRK zu – weder vor der Nida-

92 Vgl. für die Schweiz Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 147; *Bundesamt für Justiz*, Art. 24novies BV, Fortpflanzungsmedizin, Verfassungsrechtlicher Status von Embryonen, VPB 60 (1996) Nr. 67, Rz. 3.3: „Weder der Grundsatz der Menschenwürde noch das Grundrecht des Lebensschutzes vermögen letztlich verbindliche und ausreichend präzise Antworten darauf zu geben, welcher Rechtsschutz menschlichen Embryonen zu gewähren ist“. Siehe auch *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rz. 292 und 345: Der Beginn des Lebens ist „weder durch Verfassung noch durch die EMRK determiniert“.

93 So etwa der Bundesrat in seiner Botschaft vom 28. Februar 1983 zur Volksinitiative „Recht auf Leben“, BBl 1983 II 1 (28 f.).

94 *Biaggini* (Fn. 80), Art. 10 Rz. 8; *Schwarzenegger* (Fn. 17), Vor Art. 111 Rz. 5; *Jörg Paul Müller/Markus Schefer*, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 46 ff. m.w.N.; *Ursina Pally Hofmann*, Die gesetzliche Regelung von medizinischen Eingriffen zugunsten des Nasciturus, in: AJP 17 (2008), S. 855 – 866 (860); *Rütsche* (Fn. 14), S. 93 ff. je m.w.N.

95 *Müller/Schefer* (Fn. 94), S. 47; *Rütsche* (Anm. 13), S. 272 ff. je m.w.N. Nach letzterem Autor entfaltet das Integritätsrecht des künftigen Kindes eine Vorwirkung auf die pränatale Phase.

96 Für eine Abwägungslösung trat auch der Bundesrat schon früher ein, allerdings bei gleichzeitiger Ablehnung einer Fristenregelung, vgl. Botschaft über die Volksinitiative „für die Fristenlösung“, BBl 1976 II 798 (814).

tion⁹⁷ noch danach.⁹⁸ Auch der EGMR befürwortet einen abgestuften Lebensschutz.⁹⁹

“At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person [...] require protection in the name of human dignity, without making it a ‘person’ with the ‘right to life’ for the purposes of Article 2.”¹⁰⁰

Diese Haltung ist konsistent, weil der EGMR aus Art. 2 Abs. 1 EMRK weitreichende staatliche Schutzpflichten ableitet. Nach seiner ständigen Rechtsprechung¹⁰¹ hat der Staat nicht nur absichtliche und unrechtmässige Tötungen zu unterlassen, sondern auch geeignete Schritte zu unternehmen, um das Leben seiner Bürger in seinem Staatsgebiet zu schützen, und zwar erstens durch die Einführung wirksamer Strafnormen, welche abschreckend wirken,¹⁰² zweitens durch die Gewährleistung einer effektiven Strafverfolgung zur Prävention, Unterdrückung und Bestrafung der Verletzungen dieser Strafnormen¹⁰³ und drittens durch die positive Pflicht der Behörden, bei erkennbaren Gefahren für das Leben einer Person konkrete Schutzmassnahmen zu treffen.¹⁰⁴

Die Bundesversammlung, Volk und Stände haben sich als Verfassungs- bzw. Gesetzgeber¹⁰⁵ in verschiedenen Zusammenhängen *deutlich für einen abgestuften Lebensschutz* ausgesprochen, zuletzt explizit bei der Einführung der Fristen- und Indikationenregelung im neuen Art. 119 StGB, die in einer Referendumsabstimmung vom 2. Juni 2002 mit 72,2% Ja-Stimmen obsiegte.¹⁰⁶

Am 9. Juni 1985 wurde die Volksinitiative „Recht auf Leben“, welche den Zeitpunkt des Beginns des Lebens in der Verfassung festzulegen beabsichtigte,¹⁰⁷ mit 69% Neinstimmen von Volk und Ständen klar verworfen.¹⁰⁸ Noch deutlicher wurde am 12. März 2000 eine Volksinitiative zum Schutz des Menschen

97 Siehe EGMR, *Evans vs. United Kingdom* (Appl. no. 6339/05), 7 March 2006, § 46.

98 Siehe EGMR, *Vo vs. France* (Appl. no. 53924/00), 8 July 2004, § 81 ff.

99 Siehe auch EGMR, *Boso vs. Italy* (Appl. no. 50490/99), 5 September 2002, § 1, „fair balance between the woman’s interests and the need to ensure protection of the foetus.“

100 EGMR, *Vo vs. France* (Appl. no. 53924/00), 8 July 2004, § 84.

101 EGMR, *Opuz v. Turkey*, Appl. no. 33401/02, 9.6.2009, § 128 ff. m.N.

102 Materielle Schutzpflicht (Kriminalisierungspflicht).

103 Prozedurale Schutzpflicht (Verfolgungspflicht).

104 Präventive Schutzpflicht (Gefahrenabwehr).

105 Vgl. Art. 138 ff.; 192 ff. BV. Zwingendes Völkerrecht ist in dieser Frage nicht zu berücksichtigen.

106 BBl 2002 5117.

107 Eine neue Verfassungsbestimmung (Art. 54^{bis} BV) hätte in Abs. 2 folgende Grenzen gezogen: „Das Leben des Menschen beginnt mit dessen Zeugung und endet mit seinem natürlichen Tode.“

108 BBl 1985 II 677.

vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie, die eine Zeugung ausserhalb des Körpers der Frau für unzulässig erklären wollte, abgelehnt.¹⁰⁹ Mit 66,4% Ja-Stimmenanteil nahm das Volk am 24. November 2004 das Stammzellenforschungsgesetz an, gegen welches das Referendum ergriffen wurde, weil es unter bestimmten Voraussetzungen die Gewinnung menschlicher embryonaler Stammzellen aus überzähligen Embryonen und ihre Verwendung zu Forschungszwecken erlaubt.¹¹⁰ Am 2. Juni 2002 – also gleichzeitig mit der Abstimmung über das Referendum gegen die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs im StGB – wurde die Volksinitiative „für Mutter und Kind – für den Schutz des ungeborenen Kindes und für die Hilfe an seine Mutter in Not“ von Volk und Ständen mit 81,8% Nein-Stimmenanteil und keiner Ständesstimme dafür wuchtig verworfen.¹¹¹ Diese Initiative versuchte, eine Kriminalisierungspflicht in der BV zu verankern, falls jemand ein ungeborenes Kind tötete oder massgeblich zur Tötung beitrage. Von der Kriminalisierung wären nur Schwangerschaftsabbrüche ausgenommen worden, die durch eine akute, nicht anders abwendbare, körperlich begründete Lebensgefahr für die Schwangere indiziert gewesen wären.

Der Schweizer Verfassungs- und Gesetzgeber geht demnach explizit von einem Anwachsen des pränatalen Lebensschutzinteresses im Verlaufe der Schwangerschaft aus und hat dies – zwar nicht in der Bundesverfassung – dafür aber in Art. 119 Abs. 1 StGB verankert. Dem Fötus kommt eine umso höhere Schutzwürdigkeit zu, je weiter sein Entwicklungsprozess fortgeschritten ist. Nach der 12. Schwangerschaftswoche können nur noch Notstandslagen der schwangeren Frau, die ärztlich festgestellt werden müssen, zu einem Überwiegen des Selbstbestimmungsrechts der Schwangeren und damit zur Rechtfertigung eines Schwangerschaftsabbruches führen. Theoretisch reicht diese Abwägungsmöglichkeit bis zum Beginn der Eröffnungswehen, faktisch kommt es – wie in Abschnitt IV dargestellt – nur in ganz seltenen Fällen zu einer medizinischen oder sozial-medizinischen Indikation nach der 22. Schwangerschaftswoche. Die Auslegungsansätze, die dieses Resultat in Zweifel ziehen, erscheinen aus konflikttheoretischer Sicht als ein Versuch, partikuläre Wertvorstellungen, die in der Schweiz klarerweise eine Mindermeinung sind, via Verfassungsauslegung durchzusetzen.¹¹²

109 71,8% Nein-Stimmenanteil, BBl 2000 2990.

110 Art. 5 ff. StFG.

111 BBl 2002 5117.

112 Gl.M. Müller/Schefer (Fn. 94), S. 47.

d) Vorrang des Selbstbestimmungsrechts der Schwangeren in allen Phasen der Schwangerschaft

Hinter jedem Schwangerschaftsabbruch steht ein Konflikt, der „befriedigend überhaupt nicht gelöst werden kann. Dem wie auch immer begründeten Wunsch der Schwangeren, von der Schwangerschaft befreit zu werden, steht die mit der Befruchtung begründete Existenz des werdenden Menschen entgegen. Nimmt die Schwangere die Schwangerschaft nicht an, so bestehen nur zwei Möglichkeiten: sie wird angehalten, die Schwangerschaft dennoch auszutragen, oder das werdende Leben wird preisgegeben. Es kann sich einzig darum handeln, eine Lösung zu finden, welche am wenigsten unbefriedigend wirkt; man kann nur fragen, welche Regelung sich am ehesten noch verantworten lässt.“¹¹³ Diese Feststellung der Expertenkommission zur Ausarbeitung eines – später gescheiterten – Bundesgesetzes über den Schutz der Schwangerschaft und die Neuordnung der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs macht deutlich, dass das Problem des Schwangerschaftsabbruchs auch aus der Sicht des Grundrechtsschutzes der Schwangeren betrachtet werden kann. In der verfassungsrechtlichen Dogmatik bestehen kaum Zweifel daran, dass eine Beschränkung des freien Entscheids über einen Schwangerschaftsabbruch in den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz der Schwangeren eingreift.¹¹⁴

Die vierte Position zum Lebensrecht des Ungeborenen nimmt – von diesem Ausgangspunkt ausgehend – an, dass das Selbstbestimmungsrecht der Frau in jeder Phase der Schwangerschaft überwiege. Im Mittelpunkt dieser Argumentation steht die Einheit von Frau und Embryo beziehungsweise Fötus. Aufgrund dieser Einheit dürfe kein eigenständiges Lebensrecht des Ungeborenen gegenüber der Frau postuliert und durchgesetzt werden, weil damit die Menschenwürde der Frau sowie ihr Recht auf körperliche Autonomie und einen selbstbestimmten Lebensablauf verletzt würde. Die vor allem in der feministischen Literatur vertretene Ansicht war in der Frühphase der politischen Auseinandersetzung über den Schwangerschaftsabbruch in den 1970er Jahren stärker verbreitet als heute. Sie steht implizit hinter der Volksinitiative „für die Strafflosigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung“ vom 1. Dezember 1971¹¹⁵ oder der Standesini-

113 Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Schutz der Schwangerschaft und die Neuordnung der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs und Bericht zum Volksbegehren und zur Standesinitiative des Kantons Neuenburg für die Strafflosigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung (vom 30. September 1974), BBl 1974 II 703 (709).

114 Müller/Schefer (Fn. 94), S. 146 f. m.w.N.

115 „Wegen Schwangerschaftsunterbrechung darf keine Strafe ausgefällt werden“ (BBl 1971 II 2034).

tiative des Grossen Rates des Kantons Neuenburg vom 14. Dezember 1971, welche die Aufhebung der Artikel 118-121 aStGB über den Schwangerschaftsabbruch beantragte.¹¹⁶

2. Absoluter Menschenwürdeschutz bei Embryonen und Föten?

Die Frage, ob Embryonen und Föten der verfassungsrechtliche Schutz der Menschenwürde zukommt,¹¹⁷ stellt sich auch in der Schweiz. Es wiederholt sich in diesem Kontext die zum Recht auf Leben für Embryonen und Föten geführte Debatte. Die Menschenwürde (Art. 7 BV) ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹¹⁸ ganz allgemein zu achten und zu schützen. Die Bestimmung hat die Bedeutung eines Leitgrundsatzes für jegliche Staatstätigkeit und soll – so das Bundesgericht – als innerster Kern zugleich die Grundlage der spezifischeren Freiheitsrechte sein.¹¹⁹ In besonderen Konstellationen kommt der Menschenwürde ein eigenständiger Gehalt zu. Sie kann in diesen Fällen als Auffanggrundrecht selbständig geltend gemacht werden. Inhaltlich verbürgt Art. 7 BV in erster Linie die Respektierung des „Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit“.¹²⁰ Ob sich die Reichweite von Art. 7 BV bis zum ungeborenen Leben erstreckt, musste das Bundesgericht bisher nicht entscheiden. Es hielt jedoch in einem Entscheid zur künstlichen Fortpflanzung und dem Schutz des Embryos in vitro aus dem Jahre 1983 folgendes fest:

116 Siehe dazu die Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Schutz der Schwangerschaft und die Neuordnung der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs und Bericht zum Volksbegehren und zur Standesinitiative des Kantons Neuenburg für die Straflosigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung (vom 30. September 1974), BBl 1974 II 703 (733 ff.).

117 Art. 7 BV; vgl. Art. 119 Abs. 2 BV.

118 BGE 127 I 6 E. 5.b; 132 I 49 E. 5.1.

119 Soweit es um den individuellen Grundrechtsschutz geht, ist m.E. das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV) Basis aller anderen Freiheitsrechte. Der Lebensschutz ist notwendige Voraussetzung dafür, dass ein Individuum alle weiteren Freiheitsrechte ausüben bzw. geniessen kann.

120 BGE 132 I 49 E. 5.1. Vgl. zur Bedeutung der verfassungsrechtlichen Menschenwürdeggarantie Häfelin/Haller/Keller (Fn. 92), Rz. 335d; Lorenz Engi, Neuere Entwicklungen im Menschenwürdeschutz, in: AJP 15 (2006) 911 – 923 (922); Müller/Schefer (Fn. 94), S. 1; Rütsche (Fn. 14), S. 288.

„Angesichts des Umstandes [...], dass mit der Befruchtung einer Eizelle eine menschliche Individualität determiniert ist und zu einer Geburt eines Menschen führen kann, kann das Schicksal des Embryos in vitro für die Rechtsgemeinschaft nicht gleichgültig sein.“¹²¹

In der Folge schloss es ein gänzlich Verbot der In-Vitro-Fertilisation mit Embryotransfer aus.

Würde man die Menschenwürde als individuell-anspruchsbegründendes Grundrecht verstehen, müsste dies eine Abwägung der grundrechtlich garantierten Positionen der Schwangeren und des Ungeborenen ausschliessen, weil die Menschenwürdegarantie absolut konzipiert ist.¹²² Eine Wahrung der Menschenwürde erscheint bei einem Schwangerschaftsabbruch *de facto* als unmöglich, denn wie soll die Werthaftigkeit des Ungeborenen respektiert und geschützt werden, wenn das Embryo oder der Fötus vernichtet wird?¹²³ Gleichzeitig besteht während der Schwangerschaft eine unauflösbare Symbiose zwischen Frau und Embryo bzw. Fötus. Deshalb müsste die absolute Garantie der Menschenwürde des ungeborenen Lebens die Rechte der Schwangeren immer überwiegen. Schwangerschaftsabbrüche müssten konsequenterweise gänzlich verboten werden, auch die Menschenwürde schwerst behinderter oder durch Vergewaltigung gezeugter Embryos und Föten wäre zu wahren. Letztlich müsste wegen der fundamentalen Bedeutung des Menschenwürdeschutzes ein staatliches Suizidverbot für Frauen während der Schwangerschaft eingeführt werden. Solche Konsequenzen werden nur von wenigen deontologischen Rigoristen befürwortet.

Ein Teil der Lehre versucht das soeben aufgezeigte Problem wieder mit einer begrifflichen Differenzierung zu lösen. Das Objekt des Grundrechtsschutzes, die Menschenwürde, sei als Recht absolut konzipiert, und zwar ab Kernverschmelzung, aber die Instrumente zur Durchsetzung des Grundrechtsschutzes seien nicht als absolut zu betrachten. Graduelle Unterschiede im Menschenwürdeschutz seien daher unter bestimmten Voraussetzungen verfassungs- und strafrechtlich zulässig.¹²⁴ Diese Argumentation ist hier so inkonsistent,¹²⁵ wie sie es schon im Zusammenhang mit dem Recht auf Leben war.¹²⁶

121 BGE 115 Ia 234 E. 9.c; siehe auch BGE 119 Ia 460 E. 7.a; dazu *Rütsche* (Fn. 14) 193 und 311 f., der zu Recht festhält, dass sich daraus keine Grundrechtsträgerstellung ableiten lässt.

122 *Engi* (Fn. 120), S. 913 und 922 m.N.

123 Auf diesen Widerspruch weist auch *Donatsch* (Fn. 41), S. 25, hin, nach welchem dem Embryo von Verfassungen wegen Menschenwürde zukommt.

124 *Duncker* (Fn. 19), S. 51 f., 73, 99 ff. m.w.N.

125 Konsequenz inkonsistent auch *Rainer Schweizer*, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 691–706 (698); *ders.*, Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben für den Umgang mit Embryonen, Föten sowie Zellen und Geweben, Zürich

Für das ungeborene Leben ist es daher am schlüssigsten, die Menschenwürdegarantie des Art. 7 BV als *objektives Verfassungsprinzip* anzusehen.¹²⁷ Dieses verlangt, dass das ungeborene menschliche Leben in jeder Phase der Schwangerschaft seinem zunehmenden Eigenwert entsprechend geschützt werden muss. In den ersten zwölf Schwangerschaftswochen überwiegen die Grundrechte der Schwangeren immer, soweit sie solche geltend macht. In der Phase nach der 12. Schwangerschaftswoche bis zur 24. Schwangerschaftswoche wird mit der ärztlichen Kontrolle der Notstandslage der Schwangeren ein etwas höheres Schutzniveau erreicht, und in der Phase ab der 24. Schwangerschaftswoche müssen existentielle Notlagen vorliegen, damit das Leben des Fötus noch terminiert werden darf.

VIII. *Notwendigkeit einer neuen expliziten Grenze bei Schwangerschaftsabbrüchen in der Spätphase*

Es gibt drei wichtige Fragen, die für eine neue Grenzziehung des Schutzes von Ungeborenen in der Spätphase einer Schwangerschaft von Bedeutung sind. Zunächst würde sich eine solche Begrenzung von Spätabbrüchen aufdrängen, wenn die neurobiologische Forschung an Föten nachweisen würde, dass ihre *emotionalen* oder *kognitiven Hirnleistungen* schon sehr weit entwickelt sind. Dann wäre das Abtöten des Fötus qualitativ kaum mehr von der Tötung eines geborenen Menschen zu unterscheiden. In der Diskussion steht vor allem das *Schmerzempfinden*. Auch die Überlebenschancen oder *Viabilität* von Frühgeborenen und die medizinischen Erkenntnisse über ihre weitere Gesundheitsentwicklung können Anlass zur Einführung einer Limite bei Spätabbrüchen geben. Schliesslich wird – insbesondere von der Gegnerschaft des Spätabbruchs – auf die Häufigkeit des *post-abortion syndrom* bei Frauen nach Spätabbruch hingewiesen. Aus dieser

u.a. 2002, S. 10 und 55; *ders.* (Fn. 80) Art. 10 Rz. 9, der die Grundrechtsträgerschaft von Embryonen und Föten bejaht, aber die Mutter trotzdem über einen Schwangerschaftsabbruch entscheiden lassen will.

126 Siehe oben, VII.1.b. Es handelt sich ausserdem weitgehend um einen Transfer deutscher Lehren ins Schweizer Verfassungs- und Strafrecht.

127 Siehe dazu die umfassende Analyse der Schweizer Materialien, Rechtsprechung und Lehre von *Rütsche* (Fn. 14), S. 284 ff. (314 f., 338 f.) m.w.N.; ähnlich *Müller/Schefer* (Fn. 94), S. 48, welche es als verfrüht bezeichnen, „die Grundrechte auf die vorgeburtliche Entwicklungsstadien des Menschen zu erstrecken“.

Perspektive würde ein Verbot oder eine Einschränkung der Spätabbrüche mit dem Schutz der psychischen Gesundheit der betroffenen Frauen begründet.¹²⁸

Neuere Forschungsergebnisse zu emotionalen und kognitiven Entwicklungsstufen in der Schwangerschaft gehen davon aus, dass in dieser Phase Neuroinhibitoren einen Schlafzustand bewirkten und fetales Bewusstsein unterdrückten. Bezüglich des Schmerzempfindens wird darauf hingewiesen, dass ein solches erst nach einer minimalen neuronalen Entwicklung möglich sei. Dies sei frühestens ab der 24. Schwangerschaftswoche der Fall. Für die Phase vor der 24. Schwangerschaftswoche besteht kein Konsens. Falls man Bewegung und neuronale fetale Reaktionen auf schädigende Einwirkungen als ausreichende Bedingung für „Schmerzempfinden“ betrachtet, ist ein solches ab der 24. Schwangerschaftswoche möglich, eventuell auch davor. Wenn kognitive Reaktionen wie bei geborenen Menschen in die Schmerzdefinition einbezogen werden, ist Schmerzempfinden während der ganzen Schwangerschaft ausgeschlossen. Jedenfalls besteht ein qualitativer Unterschied zwischen der Reaktion eines Fötus in der Spätphase der Schwangerschaft und derjenigen von geborenen Kindern oder gar Erwachsenen.¹²⁹

Mit Blick auf die Viabilität empfiehlt die Arbeitsgruppe der Schweizerischen Gesellschaft für Neonatologie die Betreuung von Frühgeborenen mit einem Gestationsalter unter der 24. Schwangerschaftswoche wegen der hohen Mortalität bzw. Langzeitmorbidity in der Regel auf Palliativmassnahmen zu beschränken. Bei Frühgeborenen ab der 24. Schwangerschaftswoche muss ein erfahrenes Neonatologie-Team im Gebärsaal entscheiden, ob der Einsatz intensivmedizinischer Massnahmen sinnvoll ist. Eine vorläufige intensivmedizinische Unterstützung ermöglicht dabei eine spätere umfassendere Beurteilung des kindlichen Zustandes. Solange aufgrund engmaschiger Beurteilungen berechnete Hoffnung darauf besteht, dass das Frühgeborene mit einer ausreichenden Lebensqualität überleben wird und die notwendigen Therapien zumutbar sind, werden die ergriffenen Massnahmen fortgesetzt.¹³⁰

128 Vgl. zu diesen Fragen *Jonathan Gornall*, Where do we draw the line?, in: *British Medical Journal* 334 (2007), S. 285 – 289 (288) m.N.

129 Vgl. weiterführend *David J. Mellor/Tamara J. Diesch/Aistair J. Gunn/Laura Bennet*, The importance of ‘awareness’ for understanding fetal pain, in: *Brain Research Reviews* 49 (2005), S. 455–471; *S. W. G. Derbyshire*, Foetal pain?, *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology* 24 (2010) 647 – 655 je m.w.N.

130 *Arbeitsgruppe der Schweizerischen Gesellschaft für Neonatologie*, Empfehlungen zur Betreuung von Frühgeborenen an der Grenze der Lebensfähigkeit (Gestationsalter 22. – 26. Schwangerschaftswoche), in: *SÄZ* 83 (2002), S. 1589 – 1595.

Bezüglich der Gesundheitsrisiken des Spätabbruchs für die betroffenen Frauen sind die empirischen Ergebnisse nicht einheitlich. Es gibt keine ausreichenden wissenschaftlichen Belege dafür, dass Spätabbrüche kausal mit einer höheren Brustkrebs- oder Unfruchtbarkeitsrate bzw. späteren psychischen Störungen zusammenhängen würden.¹³¹ Ausserdem geht es bei diesem Aspekt um eine Selbstgefährdung, die hinzunehmen ist, falls die schwangere Frau auf die möglichen (unsicheren) Konsequenzen hingewiesen wird.

Die Tatsachen, dass ein Schmerzempfinden des Fötus ab der 24. Schwangerschaftswoche als möglich angesehen wird und dass ab der 24. Schwangerschaftswoche bei intensivmedizinischer Intervention ein Überleben des Frühgeborenen bei ausreichend guter Lebensqualität nachgewiesen ist, sprechen meines Erachtens jedoch für eine *Limitierung des Schwangerschaftsabbruchs wegen sozial-medizinischer Indikation* auf Fälle innerhalb der ersten 24 Schwangerschaftswochen. Der Schwangerschaftsabbruch nach der 24. Schwangerschaftswoche muss auf Fälle von Nichtüberlebensfähigkeit des Fötus sowie von Lebensgefahr für die Schwangere beschränkt werden. Diese Grenzziehung wäre in einem zusätzlichen Absatz von Art. 119 StGB vorzusehen.

Weit wirksamer für den Schutz des ungeborenen Lebens gegen Spätabbrüche ist allerdings eine verstärkte Prävention durch Sexualaufklärung insbesondere unter jungen Migrantinnen und ihren Partnern sowie eine verbesserte Zugänglichkeit von Schwangerschaftsverhütungsmitteln. Auch die Zulassung der Präimplantationsdiagnostik kann im Rahmen von IVF-Behandlungen helfen, belastende Spätabbruchssituationen für Personen, die sich *nota bene* ein Kind wünschen, zu verhindern.

131 Zusammenfassend Gornall (Fn. 128), S. 288 m.N.

